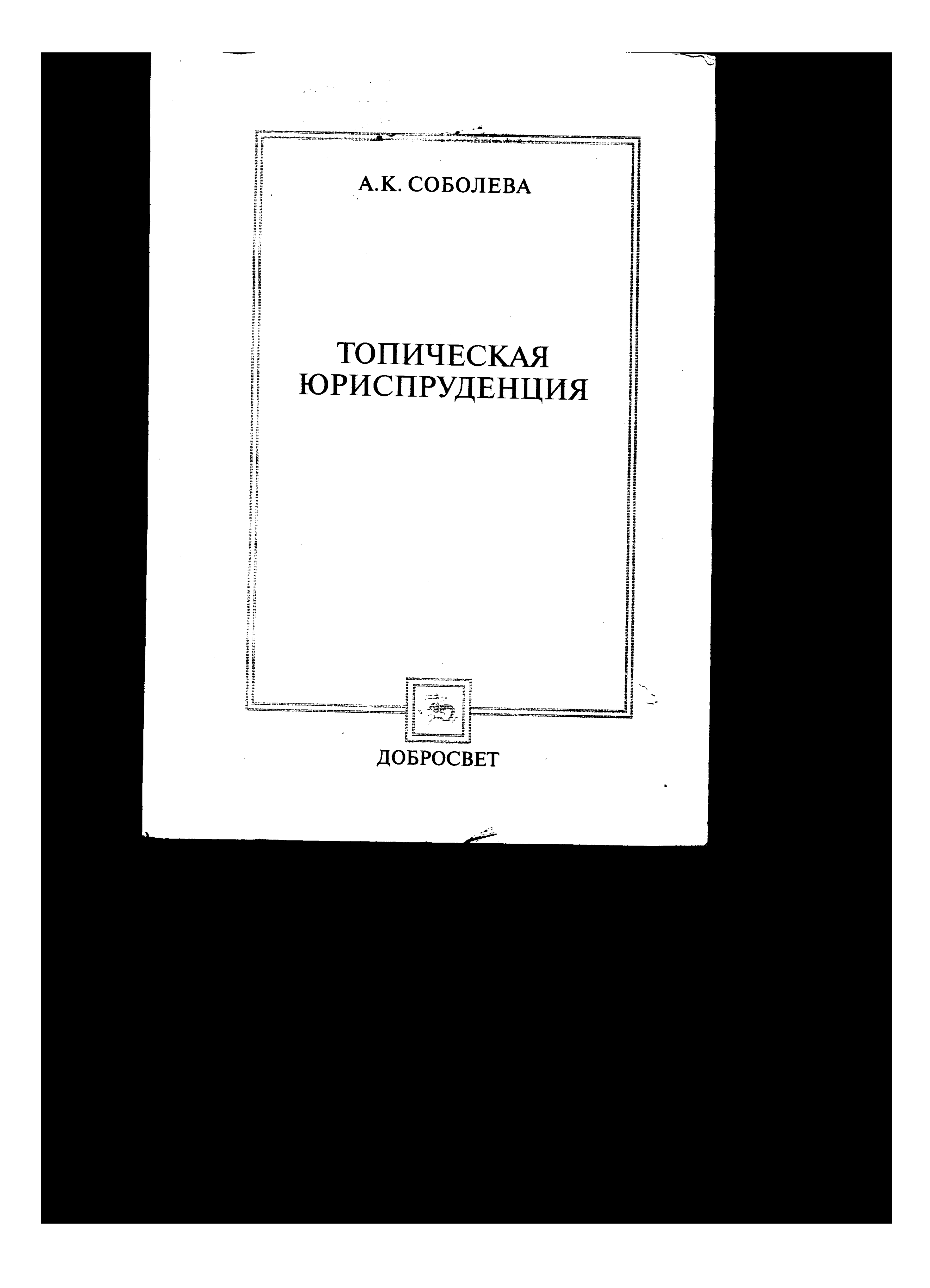


А.К. СОБОЛЕВА

ТОПИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

ДОБРОСВЕТ

А. К. Соболева

# ТОПИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

аргументация и толкование в праве

Москва
Добросвет
2002

УДК 33
ББК 67 0
С 54

**Соболева А.К.**

С 54 Топическая юриспруденция. – М.: Добросвет, 2002. – 225 с.

**ISBN** 5–7913–0063–4

Работа посвящена современным проблемам юридической риторики, которые рассматриваются в их взаимодействии с проблемами теории аргументации, правового мышления, философии права, герменевтики, семантики текста, юридической терминологии, законодательной техники и конституционного права.

Книга рассчитана на преподавателей философии права, риторики, конституционного права, законодательной техники и на студентов-юристов. Она будет интересной также практикующим юристам, философам, филологам.

**ISBN** 5–7913–0063–4 ББК 67.0

# Оглавление

Светлой памяти моего учителя,
профессора Юрия Владимировича Рождественского,
посвящаю

# ТОПИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

## Предисловие

Автор этой книги — молодой ученый А.К. Соболева считает, что настало время выделить еще одно направление — топическую юриспруденцию.

Если бы понадобилось изложить содержание книги в немногих словах, то это могло бы выглядеть следующим образом. Положения закона закодированы в определенной языковой форме. Чтобы применить на практике эти положения, необходимо прежде всего их декодировать. Но такое декодирование — процесс не просто логический (как утверждали многие правоведы со времен Транделенбурга), а логико-психологический, основанный на учете разнообразных интересов и ценностей. Законы логики во всех случаях сохраняют свою силу, никто не способен быть выше их. Но они явно недостаточны, когда требуется принять судебное решение.

В основе концепции, предложенной А.К. Соболевой, лежит понятие топа, получившее отражение еще в трудах Аристотеля и его современников. Отечественные юристы, занимавшиеся проблемой толкования норм, как правило, были в стороне от этой проблематики. Поэтому многие вопросы, излагаемые А.К. Соболевой, по-новому высвечивают закоулки привычного юридического мышления. Автор не отходит от классического понимания топа, как некоего общего места, принятого всеми, или многими, или только специалистами. Топ — исходная точка любой аргументации. Кто желает кого-то в чем-то убедить, тот обязан воспользоваться топом, как чем-то уже принятым, не оспариваемым противной стороной.

Вопросы топики когда-то развивались исключительно в русле риторики, рассматриваемой отечественными юристами как искусство речи. Между тем автор на большом историческом материале убедительно показывает, что риторика вовсе не сводится к этому. Риторика, и это главное для нее, должна прежде всего трактоваться как наука убеждать, как способ выстраивать доказательства таким образом, чтобы они не оставляли места для сомнений. Тесные связи риторики и юрис-

пруденции стали складываться еще в античную эпоху. Однако в новейшее время они были надолго прерваны. Автор справедливо утверждает, что научное изучение связи языка и права не может быть эпизодическим, дискретным, ибо это наносит серьезный ущерб всей системе правопонимания.

В русле традиционной интерпретации проблем толкования права легко представить, что книга посвящена вопросам герменевтики. Но это верно лишь отчасти, ибо герменевтический и топический методы доказывания — далеко не одно и то же. Кто занимается герменевтикой, тот стремится вывести смысл правовой нормы из ее грамматической формы выражения. Но в таком случае речь следует вести не о смысле правовой нормы, а только о ее содержании. Грамматические формулировки, взятые в отрыве от других фактов и обстоятельств, утверждает автор, стесняют пределы понимания правовой нормы. Герменевтика со времен ее основателя Франциса Либера вот уже свыше полутора веков традиционно интересуется такими проблемами, как смысл слов, замыслы автора (намерения законодателя), цели создания текста. Однако точильный камень научного мышления для адекватного понимания правовой нормы требует использования, помимо ее грамматической формы выражения, знаний, связанных с развитием общества. Топический смысл направлен на поиски реальных целей правовой нормы, выявление ее способности регулировать конкретные правоотношения. Уже поэтому топическая юриспруденция не совпадает с аналитической юриспруденцией.

Только благодаря топической декодировке правовых норм возможно длительное, иногда в течение нескольких веков, их успешное использование. Например, отцы-создатели Конституции США явно не включали в понятие свободы свободу для негров, а в понятие равенства — равенство для женщин. Смысл этих топов изменился, хотя грамматическая форма выражения осталась одной и той же.

Топическое мышление, неоднократно подчеркивает автор, не оспаривает значения герменевтики, более того, оно даже рельефнее выделяет ее роль. Вместе с тем, только топический метод придает социально-ценностный характер процессу толкования правовых норм, выявляет диалог, борьбу и баланс соответствующих интересов

А.К. Соболева показывает, что именно риторика, все еще находящаяся на периферии интересов отечественного правоведения, прокладывает дорогу к овладению смыслом правовых норм. В книге анализируются решения Верховного суда США, Конституционного Суда Германии и Конституционного Суда Российской Федерации с целью нахождения исходных положений (топов), которые позволяют грамотно



и эффективно выстраивать аргументацию при решении споров. На присяжных заседателей, как показано в работе, в первую очередь действует не логика фактов, а логика ценностей. Именно поэтому компьютер никогда не заменит судью. Но по этой же причине распространение судов присяжных может принести обществу не только пользу, но и дополнительные проблемы. Автор полностью разделяет воззрения Д. Стоуна, который считал топы не иллюзорными категориями, а дисциплинирующими правилами, структурой ограничений, безопасными правилами, которые позволяют двигаться по опасному пути.

Топика — это техника рождения правовой мысли и техника обретения смысла. В связи с этим в книге исследуются разновидности топов, используемых в юридической аргументации: тексты законов, прецеденты, намерения законодателя, цели закона, принципы, концепции, ценности, научные данные, правовые теории, статистика, здравый смысл. Особый интерес вызывает раздел о канонах толкования, то есть о правилах интерпретации правовых норм. Приводятся многочисленные примеры использования этих канонов («того же рода или класса», «по тому же предмету» и т. д.) в судебных решениях.

Анализ значения вышеприведенных топов позволил автору сделать обоснованный вывод о том, что во многих случаях решения судов определяются прежде всего ценностными предпочтениями судей и господствующей в конкретном социуме этикой. Иного ожидать от судей нет никакого смысла. При этом обращено на тот факт, что само обращение к тому или иному топу еще не ведет к одному единственному правильному выводу, ибо внутри любого топа можно «задействовать» различные виды аргументов и внутренних топов.

В книге творчески освещаются и многие традиционные проблемы юриспруденции, например, о том, есть ли объективный смысл у правовых норм, независимый от их толкователя. Или можно ли говорить об объективности того или иного вида интерпретации? Оригинально изложен вопрос о воле законодателя, которая по мнению многих юристов подлежит выявлению в процессе применения права. Эта воля, как указано в работе, мистична, если она не очевидна. К тому же вовсе не однозначен и ответ на вопрос, кого следует считать законодателем. В книге приводятся мнения зарубежных юристов о том, что таковыми следует рассматривать не парламент или монарха, принявших закон, а разработчиков текстов законов.

Используемый автором топический метод позволяет адекватно понять существующую правовую норму и правильно ее «выстроить» в процессе правотворчества. В книге убедительно аргументирован тезис

пруденции стали складываться еще в античную эпоху. Однако в новейшее время они были надолго прерваны. Автор справедливо утверждает, что научное изучение связи языка и права не может быть эпизодическим, дискретным, ибо это наносит серьезный ущерб всей системе правопонимания.

В русле традиционной интерпретации проблем толкования права легко представить, что книга посвящена вопросам герменевтики. Но это верно лишь отчасти, ибо герменевтический и топический методы доказывания — далеко не одно и то же. Кто занимается герменевтикой, тот стремится вывести смысл правовой нормы из ее грамматической формы выражения. Но в таком случае речь следует вести не о смысле правовой нормы, а только о ее содержании. Грамматические формулировки, взятые в отрыве от других фактов и обстоятельств, утверждает автор, стесняют пределы понимания правовой нормы. Герменевтика со времен ее основателя Франциса Либера вот уже свыше полутора веков традиционно интересуется такими проблемами, как смысл слов, замыслы автора (намерения законодателя), цели создания текста. Однако точильный камень научного мышления для адекватного понимания правовой нормы требует использования, помимо ее грамматической формы выражения, знаний, связанных с развитием общества. Топический смысл направлен на поиски реальных целей правовой нормы, выявление ее способности регулировать конкретные правоотношения. Уже поэтому топическая юриспруденция не совпадает с аналитической юриспруденцией.

Только благодаря топической декодировке правовых норм возможно длительное, иногда в течение нескольких веков, их успешное использование. Например, отцы-создатели Конституции США явно не включали в понятие свободы свободу для негров, а в понятие равенства — равенство для женщин. Смысл этих топов изменился, хотя грамматическая форма выражения осталась одной и той же.

Топическое мышление, неоднократно подчеркивает автор, не оспаривает значения герменевтики, более того, оно даже рельефнее выделяет ее роль. Вместе с тем, только топический метод придает социально-ценностный характер процессу толкования правовых норм, выявляет диалог, борьбу и баланс соответствующих интересов

А.К. Соболева показывает, что именно риторика, все еще находящаяся на периферии интересов отечественного правоведения, прокладывает дорогу к овладению смыслом правовых норм. В книге анализируются решения Верховного суда США, Конституционного Суда Германии и Конституционного Суда Российской Федерации с целью нахождения исходных положений (топов), которые позволяют грамотно



и эффективно выстраивать аргументацию при решении споров. На присяжных заседателей, как показано в работе, в первую очередь действует не логика фактов, а логика ценностей. Именно поэтому компьютер никогда не заменит судью. Но по этой же причине распространение судов присяжных может принести обществу не только пользу, но и дополнительные проблемы. Автор полностью разделяет воззрения Д. Стоуна, который считал топы не иллюзорными категориями, а дисциплинирующими правилами, структурой ограничений, безопасными правилами, которые позволяют двигаться по опасному пути.

Топика — это техника рождения правовой мысли и техника обретения смысла. В связи с этим в книге исследуются разновидности топов, используемых в юридической аргументации: тексты законов, прецеденты, намерения законодателя, цели закона, принципы, концепции, ценности, научные данные, правовые теории, статистика, здравый смысл. Особый интерес вызывает раздел о канонах толкования, то есть о правилах интерпретации правовых норм. Приводятся многочисленные примеры использования этих канонов («того же рода или класса», «по тому же предмету» и т. д.) в судебных решениях.

Анализ значения вышеприведенных топов позволил автору сделать обоснованный вывод о том, что во многих случаях решения судов определяются прежде всего ценностными предпочтениями судей и господствующей в конкретном социуме этикой. Иного ожидать от судей нет никакого смысла. При этом обращено на тот факт, что само обращение к тому или иному топу еще не ведет к одному единственному правильному выводу, ибо внутри любого топа можно «задействовать» различные виды аргументов и внутренних топов.

В книге творчески освещаются и многие традиционные проблемы юриспруденции, например, о том, есть ли объективный смысл у правовых норм, независимый от их толкователя. Или можно ли говорить об объективности того или иного вида интерпретации? Оригинально изложен вопрос о воле законодателя, которая по мнению многих юристов подлежит выявлению в процессе применения права. Эта воля, как указано в работе, мистична, если она не очевидна. К тому же вовсе не однозначен и ответ на вопрос, кого следует считать законодателем. В книге приводятся мнения зарубежных юристов о том, что таковыми следует рассматривать не парламент или монарха, принявших закон, а разработчиков текстов законов.

Используемый автором топический метод позволяет адекватно понять существующую правовую норму и правильно ее «выстроить» в процессе правотворчества. В книге убедительно аргументирован тезис

о том, что толкование норм необходимо не только по причине их неясности или коллизии с другими нормами, но главным образом потому, что разнообразны социальные ситуации, которые постоянно меняются. Автор много внимания уделяет анализу деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, многие решения которого явно далеки от идеала. Глубоким практическим смыслом наполнен тезис автора о том, что Конституционный Суд в ходе толкования конституционных норм, вопреки уже складывающейся практике, не должен быть связан нижестоящими актами.

В книге много оригинальных переводов известных текстов, например, Аристотеля, которые позволяют по-новому взглянуть на его историческое наследие. Вообще круг использованной литературы и изящество переводов не могут оставить читателя равнодушным. Автор обращает внимание на то, что термин «юриспруденция» в первоначальном его значении означал умение судить о праве. Этот свой первоначальный смысл юриспруденция не должна утрачивать и в нынешнее время. Лучшее подтверждение этого тезиса — книга А.К. Соболевой о правильном и эффективном юридическом мышлении. Можно считать доказанным выдвинутый ею тезис о том, что топическая юриспруденция вполне может рассматриваться как самостоятельное научное направление в философии права.

Надеюсь, что оригинальной, новаторской монографии А.К. Соболевой суждена долгая жизнь в отечественной юридической науке.

Доктор юридических наук, профессор,
Заслуженный юрист Российской Федерации
А.И. Экимов

«Мнение, что адекватная теория юриспруденции должна принимать во внимание *риторику*, сейчас является достаточно распространенным. В соответствии с ним образованный юрист воспринимается как эксперт в правовой *аргументации*, которая должна пониматься в свете общей риторической *теории аргументации*, т. е. в свете теории обоснования дискурса [begründenden Reden].»

*(Theodor Viehweg. Topics and Law: a Contribution to Basic Research in Law. Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Mein, 1993, p. xxxix).*

# Введение

Риторические и лингвистические аспекты права нечасто привлекают внимание российских ученых, хотя использование языковых средств выражения ни в одной другой сфере человеческой деятельности не имеет столь важного практического значения, как в юриспруденции. Правовая система, как справедливо отмечал Джулиус Стоун, включает в себя много элементов исторического, духовного, ностальгического, инструментального, властно-принудительного характера, каждый из которых может выходить на первый план в зависимости от культурной ситуации, соображений необходимости, срочности, случайности и других подобных обстоятельств. «И с их множественностью перекрываются и переплетаются два измерения правовой системы — лингвистическое и аргументативное, с которыми мы сталкиваемся всякий раз, когда пытаемся действовать в ее пределах. С одной стороны, язык... является постоянным одеянием правовых явлений, с другой стороны, логика и другие формы рассуждения так или иначе контролируют способ работы с языком и над языком для того, чтобы поддержать некую жизнеспособность и стабильность правовой системы, независимо от постоянных изменений в ее применении к тем социальным феноменам, которые она стремится регулировать».[1]

Для передачи положений права и идей о праве используется язык; он же используется для того, чтобы разъяснить эти положения и идеи. Изучение функционирования правовой системы — это, прежде всего, изучение правового дискурса.

[1]) Stone, Julius. Legal System and Lawyers' Reasoning. — Stanford, Stanford University Press, 1964, p. 29.

Соотносить тексты нормативных актов с постоянно меняющейся действительностью удается только через толкование (интерпретацию) этих текстов, причем судье для обоснования правильности интерпретации необходимо приводить аргументы в ее поддержку. Эта аргументация содержится в текстах судебных решений. Особо строгие требования к аргументации и логической стройности предъявляются при написании решений по конституционно значимым вопросам. Поскольку тексты этих решений, как правило, создаются наиболее квалифицированными судьями и экспертами, их можно рассматривать при изучении правового дикурса как модельные. В свое время Х. Перельман и Л. Ольбрехт-тытека задались вопросом: «Нельзя ли в гуманитарных дисциплинах взять тексты, которые традиционно рассматриваются как модели аргументации, и извлечь из них опытным путем средства рассуждения, которые мы рассматриваем как убедительные? ...И нельзя ли систематизировать такие наблюдения?»[1] Вне всякого сомнения, решения конституционных судов представляют исследователю такую возможность, ибо хотя «выводы, к которым приводят эти построения, не обладают такой же принудительной силой, как выводы математиков», они все же позволяют «различить весомость аргументов хорошего и плохого изложения».

Цель данной книги — с помощью анализа судебных решений Верховного Суда США, Конституционного Суда Германии и Конституционного Суда РФ найти исходные положения (топы), позволяющие грамотно и эффективно выстраивать аргументацию при решении споров, связанных с толкованием нормативно-правовых актов. Возникает вопрос: а можно ли говорить о каких-то общих положениях, применимых в разных правовых системах, существуют ли они? И если существуют, то чем являются: «иллюзорными категориями» (Джулиус Стоун, 1964) или «дисциплинирующими правилами», «структурой ограничений», «безопасными правилами, которые позволяют двигаться по опасному пути» (Оуэн Фисс, 1982; Стэнли Фиш, 1982; Францiз Либер, 1839)? В поисках этих общих положений мы столкнулись с другими проблемами, которые неизбежно появляются при анализе правового дискурса: что такое интерпретация применительно к праву, как соотносится интерпретация в праве с интерпретацией в литературе, можно ли провести параллель между законодателем (автором нормативно-правового текста) и писателем (автором текста художественного) с точки зрения возможности уяснения намерения создателя текста? Носит ли интерпретация в праве «объективный» характер»?

[1]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca L. Rhêtorique et philosophie. — Paris, 1952, p. 8–9.



И можно ли вообще говорить об объективности того или иного вида интерпретации?

Для исследования этих проблем в книге используется метод риторического анализа. Он помогает проследить и понять, как происходит изобретение речи и как содержание речи развертывается в ходе аргументации; как создается новый текст (судебного решения) на основе текста существующего (конституции, закона); какие закономерности проявляются в построении текстов данного жанра; как проявляется ваимосвязь лингвистических и социокультурных факторов; как переплетаются процесс понимания текста и его истолкования в соответствии с целью интерпретатора. В книге показано, как писаный текст права в результате интерпретации может менять свое первоначальное значение и, сохраняя полностью старую словесную форму, тем не менее целиком и полностью менять свое содержание. Это позволяет рассматривать процесс толкования в праве не только как процесс поиска смысла нормы, но и как процесс манипулирования смыслами[1] в правовом дискурсе.

Вторая цель книги — дать юристу своего рода «сборник рецептов» для нахождения аргументов «за» и «против» в процессе анализа правовой проблемы.

[1]) Малинова И.П. Философия правотворчества. — Екатеринбург, УрГЮА, 1996, с. 78.

## Глава 1
# Риторика и право

### 1.1. Риторика, или наука убеждать

Риторика как наука связана с изучением текстов: их составлением, истолкованием и произнесением. Ее принципиальным отличием от других филологических и философских дисциплин является то, что тексты (как устные, так и письменные) она изучает с точки зрения их воздействия на аудиторию. Целью воздействия является убеждение: ритору (говорящему или пишущему) необходимо добиться согласия аудитории с высказанной позицией и присоединения к ней.

Понимание риторики как науки об убеждении посредством речи было выработано античной традицией, идущей от Исократа, Гермагора, Аристона, Аполлодора. Аристотель же прямо определил риторику как «способность находить возможные способы убеждения относительно каждого данного предмета».[1]

Античная традиция выработала и понятийный аппарат риторики, состоящий из категорий, применяемых для анализа коммуникативного акта с точки зрения его функционального типа (роды и виды речи), состава участников (образ оратора, тип аудитории), замысла говорящего и эмоционального и логического содержания речи (этос, пафос, логос), композиции и стиля (построение речи, фигуры речи).

Риторическое наследие осваивалось на протяжении веков разными науками и разными дисциплинами, становясь их неотъемлемой частью.[2] Отдельные категории и понятия риторики стали использоваться поэтикой, стилистикой, психологией, философией, лингвистикой, семиотикой, фольклористикой, текстологией, теорией массовых коммуникаций. Риторика как теоретическая дисциплина, как предмет оказалась как бы растащенной на куски, или, по меткому выражению Аваличева, «развинченной». Необходимость восстановления риторики возникла неслучайно. Она была продиктована возросшей ролью прозаических текстов — особенно деловых — в управлении и образовании, развитием и совершенствованием средств массовой информации, компьютеризацией общества и расширением сфер общения. В России риторика оказалась

[1]) Аристотель. Риторика. — В: «Античные риторики», М., МГУ, 1978, с. 19.

[2]) См. об этом подробнее в статье: Аваличев Н.К. Возвращение риторики. Вступительная статья к книге Ж. Дюбуа и др. «Общая риторика», М., «Прогресс», 1986.



востребована как теория прозы, поскольку только она имела необходимый понятийный аппарат для исследования текстов — как устных, так и письменных — во всем их жанровом многообразии и в связи с различными функциями, которые этим текстам приходится выполнять в общественно-речевой практике.

Принципы построения любого целесообразного текста, независимо от его предметной и жанровой принадлежности, изучаются общей риторикой, выступающей как общая теория прозы. Она исследует отношение речи к мысли, образно-понятийный строй речи, учит «изобретать, располагать и выражать мысли».

Выработанные общей риторикой правила конкретизируются для применения в конкретных разновидностях текстов частной риторикой. Противопоставление общей и частной риторики, являющееся спецификой русской риторической традиции, было проведено Н.И. Гречем и Н.Ф. Кошанским и основывалось на представлении о различном применении правил риторики в разных родах и видах словесности. Поскольку у каждого из видов прозаических текстов существуют свой предмет, свой автор (ритор), своя аудитория и своя цель, постольку и правила их создания имеют свои особенности и закономерности.

Исследований по частной риторике проводилось гораздо меньше, чем по риторике общей. При этом юридическая проза в сочинениях по риторике изучалась лишь в связи с проблемами судебного красноречия или языка и стиля документов, хотя для юридической риторики должны быть важнее проблемы взаимосвязи правового мышления и правовой аргументации.

Если считать аргументацию выражением культуры мышления и слова, то становится очевидным, что отсутствие умения аргументировать при вынесении судебного решения является свидетельством отсутствия в обществе правовой культуры.

Метод риторического анализа судебных решений позволяет исследовать процесс изобретения и построения аргументации, которая, в свою очередь, неразрывно связана с проблемой интерпретации текста нормы права. Аргументация при этом изучается как часть процесса проблеморазрешения, поскольку «она имеет дело с предложениями, которые отдельные люди или группы людей должны принять» и «служит инструментом для изменения оценок, убеждений, ответных мер, или поведения».[1]

[1]) Fisher, Randal M. Rhetoric and American Democracy..., p. 3–4. Самое широкое определение риторики дано Ричардом М. Уивером, который определил ее как «то, что создает информированное стремление к лучшему». Оно позволяет признать силу риторического воздействия не только за тем, что связано с речью (Weaver,

В последнее время риторика все чаще начинает восприниматься как как методология познания и анализа действительности для определения будущих действий. Наиболее радикально эту мысль проводит Ричард Маккеон, который считает, что риторика создает новые междисциплинарные области исследования, объединенные не по своему предмету, а по методам и принципам, выработанным для разрешения проблем в этих областях.[1] Это ведет к переопределению классических представлений о судебной, совещательной и эпидейктической (похвальной, показательной) речи.

Аристотель выделял эти три вида, основываясь на таких признаках, как место произнесения речи; время, которое имеет в виду говорящий; предмет речи; задача речи (или дело речи); тип слушателя и цель речи.

**Судебная** (или судительная) речь произносится в суде, обращена к судьям, касается событий, уже свершившихся (относится к прошлому времени), предметом своим имеет факты и деяния людей, задача ее — обвинять или оправдывать, а цель — определять справедливое или несправедливое. **Совещательная речь** — это речь в народном собрании, на конференции, в научном сообществе; в ней говорится о том, что должно или может свершиться, предметом обсуждения является программа действий или решение, она обращена к будущему, ее задача — склонять или отклонять, а целью речи является польза или вред: один дает совет, побуждая к лучшему, другой отговаривает, отклоняя от худшего. **Эпидейктическая** (демонстративная, похвальная) речь произносится на торжествах, праздниках, чествованиях; ее предметом являются человек и его дела, а задача состоит в том, чтобы хвалить или порицать их. Она относится к настоящему времени, т. к. оратор прозносит похвалу или хулу по поводу существующего в данный момент.Слушатель обращает внимание только на дарование оратора, а целью оратора является обсудить прекрасное и постыдное.

Маккеон использовал эти три вида для обозначения шагов анализа, обсуждения и разрешения возникающих проблем. Эпидейктический этап будет связан с привлечением внимания к проблеме, презентацией и систематизацией данных. Он направлен на создание групп людей, объединенных общей задачей и общими ценностями и желающих совместно искать решения стоящей перед ними задачи. Судебная речь при таком подходе превращается в речь «судительную», т. е. связанную с вынесением суждения по какому-либо вопросу. Обвинение и

Richard M. The Ethics of Rhetoric. Chicago, 1953).

[1]) McKeon, Richard. Rhetoric: Essays in Invention and Discovery. — New-York, 1987; Viehweg, Theodor. Topics and Law. — Frankfurt am Mein: Peter Lang, 1993.



защита начинают трактоваться как методы подтверждения или опровержения, которые вместо отнесенности к прошлым действиям, вместо оценки фактов свершившихся начинают применяться к фактам, которые еще только надо установить; к истинам, которых надо придерживаться, и к законам, которые надо принять. На этой стадии речь идет о подтверждении или опровержении гипотезы в какой-либо из отраслей знания или сфере практического опыта. Совещательная же речь становится этапом выбора решения. Мы совещаемся не только о программе наших действий, т. е. о необходимом и целесообразном, но и о плохом и хорошем, о правдивом и лживом, о приятном и отвратительном. На этом этапе представленные и проанализированные данные располагаются в согласованном и последовательном виде, а совещательная риторика рассматривается как метод, устанавливающий структуру связей.

В таком контексте судебная риторика становится универсальным и центральным методом разрешения проблем и принятия решений, приложимым для любой области, поскольку она имеет связь не с правом как таковым, а с «правильным», не с судом, а с «суждением», не с защитой или обвинением, а с «подтверждением» или «опровержением».

Понимание риторики как методологии проблеморазрешения, впрочем, выводится из мысли Аристотеля, утверждавшего, что «риторика существует для вынесения решения».

## 1.2. Риторическая топика, или как найти аргументы «не плутая, но путем науки»?

Ключевым аспектом методологии классической риторики являлась топика — техника порождения мыслей для разрешения возникающей проблемы. Она предполагала поиск различных подходов к проблеме и их обоснование. Например, проблему, стоит ли говорить политические речи, Аристотель предлагает рассмотреть с помощью топа «советование / отсоветование путем приведения противоположностей»: не стоит выступать с политическими речами, ибо «если ты будешь говорить справедливое, тебя возненавидят люди, а если несправедливое — боги»; а стоит, потому, что «если ты будешь говорить справедливое, тебя полюбят боги, если несправедливое — люди». При этом, замечает Аристотель, за каждой из предложенных точек зрения стоит и добро, и зло, а последствия принятия решений — противоположны. Чтобы не ошибиться в выборе решения, надо принять во внимание обе точки зрения и обсудить их.

Этимологически слово «топ» (или «топос») происходит от греческого τόπος — «место». **Аристотель**[1] употреблял этот термин для обозначения некоего «места», или области, в уме человека, где хранятся и отыскиваются аргументы. Задача топики, по мысли Аристотеля, — «найти способ, при помощи которого мы в состоянии будем из правдоподобного делать заключения о всякой предлагаемой проблеме и не впадать в противоречие, когда мы сами отстаиваем какое-нибудь положение».[2]

В данном определении следует обратить внимание на две отличительные черты топического подхода: а) топика — это способ исследования проблем; б) этот способ исследования исходит из правдоподобных (а не из истинных!) посылок. Аристотель и далее подчеркивает, что топика — это *«способ исследования»*, суть которого состоит в том, чтобы определить, *«относительно скольких и каких предметов приводятся доводы, из чего они составляются и как мы все это находим»*.[3] В конце «Топики» Аристотель добавлял: «... Аргументы от общих мест, которые дают нам массу способов для рассмотрения проблемы, теперь были перечислены достаточно полно».[4] Нужна же топика потому, что во всех случаях, «когда возможно сомнение в правильности той или другой стороны, нам легче будет замечать в каждом отдельном случае истинное и ложное».[5] Итак, топика — это учение о нахождении аргументов по любому вопросу.

Главное отличие топов состоит в том, что они согласуются с общепринятым и кажутся правдоподобными: «или для всех, или для большинства людей, или для мудрых — всех, либо большинства, либо самых известных из них».[6] Топы можно определить и как «посылки, одинаково общие всем предметам».[7] В «Риторике» Аристотель пишет: «Я говорю, что силлогизмы диалектические и риторические касаются того, о чем мы говорим общими местами — топами (topoi); они общи для рассуждений о справедливости, о явлениях природы и о многих других, отличных один от другого предметах [...], хотя бы эти предметы

[1]) Довольно распространенным является мнение, что Аристотель первым употребил этот термин. Однако С. Миноиде Минас во вступительной статье к переводу «Риторики» Аристотеля на французский язык доказывает, что термин «топос» не является изобретением Аристотеля, поскольку встречается ранее у Исократа во вступлении к Éloges d'Hélène, а также у Синезиуса. — Aristoteles. L'art de la rhétorique. Τεχνης ρητορικης. Tr. par C. Minoide Mynas. Paris, 1837, p. xiii.

[2]) Аристотель. Топика. — Соч. в 4-х т., М., 1978, т. 2, с. 349.

[3]) Аристотель. Топика..., сс. 351–352.

[4]) Aristotle. Topics. VII.5.14. — Aristoteles. The Basic Works of Aristotle. Ed. And with an introd. by Richard McKeon. — New York, Randomhouse, cop. 1941, p. 505.

[5]) Аристотель. Топика..., с. 351.

[6]) Аристотель. Топика, с. 359; см. также с. 350.

[7]) Аристотель. Риторика // Античные риторики. М., Изд-во МГУ, 1978, с. 24.



и были совершенно различны по природе».[1] Изучение топики «полезно для трех целей: для упражнения, для устных бесед, для философских знаний»,[2] поскольку, владея этим способом, легче приводить доводы против предлагаемого положения, анализировать чужую речь и отклонять то, что было сказано ненадлежащим образом, а также познавать первые начала всякой науки.

В «Риторике» Аристотель выделяет два типа топов: топы, полезные для поиска аргументов по любому предмету (koinoi topoi), и топы, используемые в конкретных областях знаний, т. е. относящиеся к определенному роду предметов (idioi topoi).[3] Общие места первого типа не сделают человека сведущим в какой-либо конкретной области знания; изучением их занимаются диалектика и риторика. Частные же топы (или виды) формируют область конкретной науки, отличной от диалектики и риторики, и овладеть составом частных топов — значит овладеть основными положениями изучаемой науки.[4]

Аристотель не исследовал топы, характерные для частных наук. Что же касается топов, применимых ко всем предметам, то 28 видов перечисляются им в «Топике» и в «Риторике». К ним он относит, например, разведение и соединение синонимичных терминов; использование соотношения двух предметов, топ большего и меньшего, разделение утверждения на логические части, игра на многозначности термина, толкование термина в выгодном для нас свете, поддержка утверждения часть за частью, построение парадокса и т. д.

Дальнейшее развитие теория общих мест получила в «Топике» **Цицерона**, который пересмотрел и упростил каталог, данный Аристотелем.[5]

[1]) Аристотель. Риторика..., с. 24.

[2]) Аристотель. Топика..., с. 351.

[3]) Аристотель.Риторика, с. 24.

[4]) Аристотель, Риторика..., с. 24.

[5]) Интересно, что, хотя Цицерон и ссылается в своем трактате на Аристотеля, различие в их подходах настолько велико, что многие исследователи считают, что на самом деле Цицерон лишь слышал о книге Аристотеля, но не читал ее. Эту точку зрения достаточно убедительно отстаивает Йорма Каймио, который выдвигает гипотезу о том, что книга, на которую Цицерон ссылается в предисловии к «Топике», на самом деле является фальсификацией — неважно, преднамеренной или нет. Не следует забывать, что книга Цицерона была написана на борту корабля и что поэтому Цицерон был вынужден делать ссылки по памяти. Вслед за Кроллом и Уоллисом, Каймио считает, что Цицерон знал о существовании «Топики» Аристотеля и был уверен в том, что в ней содержится та топическая система, которая была ему известна из трудов Антиоха из Аскалона. Ссылки же на Аристотеля были необходимы Цицерону для большей убедительности и авторитетности. В самом деле, у двух «Топик» очень мало общего, они расходятся и по структуре трактата, и по подразделению общих мест. Во всяком случае, следует отметить, что Цицерон заимствовал у Аристотеля только саму идею общих мест, а их типы разработал

Она была написана спустя 300 лет после «Топики» Аристотеля — в 44 г. до н.э. — и оказала даже большее влияние на развитие учения об общих местах, чем труд Аристотеля.

Цицерон писал свою «Топику» для юристов и посвятил ее одному из них — Гаю Требатию. По просьбе Требатия Цицерон излагает более доступным языком основные идеи из «Топики» Аристотеля. Рассчитанная, в отличие от трактата Аристотеля, на практическое использование, «Топика» Цицерона является не столько философским сочинением, сколько своего рода сборником рецептов,[1] направленным на то, чтобы помочь найти аргументы рациональным способом — «не плутая, но путем науки».[2]

Отправной точкой в рассуждениях Цицерона является то, что топика — это «учение об изобретении аргументов».[3] Он признает, что всякая теория аргументации имеет две части — одну, связанную с изобретением аргументов (топику), а другую — с вынесением суждения по какому-либо вопросу (диалектику).[4] Но если Аристотеля интересовали обе части, то Цицерон концентрирует свое внимание только на первой — топике, так объясняя свой интерес к ней: **«Спрятанные вещи легко обнаружить, если место их указано и обозначено; подобно этому, когда мы хотим сыскать аргументы, мы должны знать их «места» (этим словом Аристотель назвал как бы хранилища, откуда извлекаются аргументы)»**.[5] Это определение считается классическим определением общего места. Аргумент же определяется Цицероном как «рассуждение, которое вещь сомнительную делает достоверной».[6]

---

затем исключительно самостоятельно. — Jorma Kaimio. Cicero's Topica: The Preface and Sources. — Turku, Turun yliopisto, 1976; M.Wallies. De fontibus Topicorum Ciceronis, Diss. Halis Saxonum 1886; Kroll W. Studien (ber Ciceros Schrift de oratore. Rhm 58/1903, 589–593.

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law. — Frankfurt am Mein: Peter Lang, 1993, p. 14.

[2]) Цицерон. Топика. — В: Цицерон. Эстетика: трактаты, речи, письма. М., Искусство, 1994, с. 57.

[3]) «disciplina inveniendorum argumentorum» (Corpus Scriptorum Latinorum... Ciceronis Opera, vol. III. Rhetorica. Brutus. Orator. Topica... Lipsiae apud G.J. Goeschen, p. 244).

[4]) «Всякая наука искусного ведения спора содержит две части: первая — приискание, вторая — суждение». — Цицерон. Эстетика: трактаты, речи, письма. М., Искусство, 1994, с. 56; «Quum omnis ratio diligens disserendi duas habeas partes; unam inveniendi, alteram iudicandi...» — Cicero. Topica // Corpus Scriptorum Latinorum... Ciceronis Opera, vol. III, Lipsiae apud G.J.Goeschen, c. 244.

[5]) «Ut igitur earum rerum, quae absconditae sunt, demonstrato et notato loco, faicilis inventio est: sic, quum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus: sic enim appellatae ab Aristotele sunt quasi sedes, e quibus argumenta promuntur.» — Cicero. Topica // Corpus Scriptorum Latinorum..., c. 244.

[6]) Цицерон. Топика..., с. 58; «Itaque licet definire, Locum esse argumenti sedem: Argumentum autem, rationem, quae rei dubiae faciat fidem», — Cicero. Topica..., c. 244.



В противоположность Аристотелю, который разработал *теоретическую* иерархию топов, Цицерон приводит исчерпывающий каталог общих мест, предназначенный для *практического* использования. Он пишет, что некоторые топы тесно связаны с тем, о чем ведется дело, другие привносятся извне.[1] Общие места первого типа являются «научными», искусственными, техническими, или изобретенными; второго типа — сторонними, неискусственными, или нетехническими, они всегда связаны с применением власти, авторитета. Что же касается общих мест первого типа, то они соотносятся либо с целым (дефиниция), либо с его частями (анализ), либо с его обозначением (этимология). Помимо этого, они могут извлекаться из вопросов, выступая как следующие виды отношений: 1) из рода, 2) из вида, 3) из уподобления, 4) из различия, 5) из противоположности, 6) из присоединяемого, 7) из предшествующего, 8) из последующего, 9) из противоборствующего, 10) из причины, 11) из следствия, 12) из сравнения больших, а также меньших частей.

Применимость тех или иных общих мест Цицерон рассматривает в зависимости от вида речи (судебной, совещательной, эпидейктической).

Позже представление о топике и ее месте постепенно меняется. **Квинтилиан** — пока еще в соответствии с традицией — предлагает свой каталог общих мест как «источников, из коих почерпаются доводы»,[2] но уже делает очень важное замечание о том, что понятие мест, «из коих заимствуются доводы», следует отличать от вошедшего к тому времени в употребление понятия «общего места» как всем известного положения. Знание источников доводов необходимо оратору так же, как охотнику необходимо знание мест, где следует искать зверя или птицу, поскольку «таким же образом не всякой довод везде попадается, и потому не должно искать его повсюду... А когда знаем источник, откуда что проистекает, тогда, пришед к месту, удобно усмотрим, что из него почерпнуть можно».[3] Итак, по мнению Квинтилиана, доводы надлежит заимствовать, во-первых, от лица, и во-вторых, от деяний. Доводы, относящиеся к вещам и лицам, суть: порода, народ, отечество, пол, возраст, воспитание и обучение, вид и сложение тела, имущество, состояние, свойства душевные и образ

---

[1]) Цицерон. Топика..., с. 58; Cicero, Topica..., c. 248.

[2]) Квинтилиан, Марк Фабий. Двенадцать книг риторических наставлений. Пер. с лат. Александра Никольского, ч. 1–2, Спб., 1834, с. 347.

[3]) Квинтилиан, Марк Фабий. Двенадцать книг..., с. 348.

жизни, ремесло, дела и речи лиц. Как видим, это уже принципиально иной подход к каталогу общих мест: доводы, основанные на использовании данного каталога, формируют нравственную оценку личности.

Доводы, относящиеся к деяниям, берутся от причин деяний (получение, приращение, сохранение, употребление какого-либо добра; предварение, удаление, облегчение зла и перемена его на доброе; ложные мнения о добре и зле), места, времени, возможностей и способа, определения (рода, вида, свойства, приличного и неприличного, противного, опровержения частей, несходного, видимо противоречащего, сравнения и т. д.).

Очень важно заметить, что Квинтилиан осознавал тщетность попыток представить раз и навсегда данный, непротиворечивый и исчерпывающий перечень топов. Он писал, что места нельзя с точностью разделить на роды, «ибо каждое из них доставляет бесчисленное множество доводов, однако ж и раздробить их на виды нет возможности. Те, кои на сие покушались, подвергались двум погрешительным крайностям: говорили слишком много, но не все нужное объяснили».[1]

Авторы **«Логики Пор-Рояль»** А. Арно и П. Николь (1662) также не склонны придавать топическому методу столь же боллышое значение, как это делали Цицерон и Аристотель. Они признают, что под общими местами аргументации — loci argumentorum — понимаются «некие основные положения, под которые можно подвести все доводы, какими пользуются при рассмотрении различных вопросов». Но в тех случаях, когда мы располагаем достаточным материалом для речи, нам «не надо стучаться в дверь ко всем этим общим местам»,[2] или «толкаться, так сказать, у каждых ворот, дабы найти какое-либо доказательство к нашему предложению».[3] Люди находят аргументы в речи естественным образом, не прибегая к помощи каких бы то ни было общих мест: «Конечно, наблюдая то, что нас заставляет делать сама природа, можно вывести некоторые правила, но никогда эти действия не производятся с помощью этих правил. Точно так же в обычной речи обращаются с общими местами. Под них можно подвести все, что мы говорим, но эти мысли появляются у нас не потому, что мы размышляем над тем, откуда их взять...».[4] Нахождение мыслей по общим местам они считают предосудительной способностью «не затрудняясь

[1]) Квинтилиан, Марк Фабий. Двенадцать книг..., с. 361–362.
[2]) А.Арно, П.Николь. Логика, или искусство мыслить. М., «Наука», 1991, с. 237.
[3]) Квинтилиан, Марк Фабий. Двенадцать книг..., с. 367.
[4]) А.Арно и П.Николь. Логика, или искусство мыслить..., с. 238.



разглагольствовать о чем угодно и черпать доводы отовсюду».[1] В то же время, Арно и Николь утверждают, что «вся польза, какую можно извлечь из ознакомления с общими местами, сводится, самое большее, к тому, чтобы получить о них общее представление, благодаря которому мы, быть может, сами того не сознавая, *будем рассматривать обсуждаемые нами вопросы более разносторонне и более тщательно*»[2] (курсив мой — А.С.). А ведь цель топики в античном понимании как раз и состоит в том, чтобы разносторонне и тщательно рассмотреть обсуждаемые вопросы, а вовсе не в том, чтобы нагромождать сверх меры «мысли неглубокие, банальные и ложные».[3] Находясь под влиянием идей Р. Декарта, авторы «Логики Пор-Рояль» выхолащивают из топики ее содержательную сторону — проблемную ориентированность, а каталог общих мест соответственно формализуют.

В отечественных сочинениях по риторике мы находим и другие подходы к пониманию общих мест.

**М.В. Ломоносов** считал, что из риторических общих мест «все идеи изобретены бывают», и «через силу совоображения из одной простой идеи расплодиться многие могут, а чем оных больше, тем и в сочинении слова больше будет изобилия...».[4] Сам он выделяет 16 общих мест, таких как род и вид, челове и части, место, время, признаки, обстоятельства и т. п. В полном соответствии с традициями рациональной риторики, Ломоносов рассматривает их как категории для описания мира, как основу познавательного аппарата. Изобретение по общим местам у Ломоносова не имеет ничего общего с античным представлением о топике как о способе проблеморазрешения (путем нахождения и обсуждения различных вариантов ее решения), а является, по своей сути, логическим конструированием мысли. В то же время у Ломоносова большое внимание отводится анализу темы по «терминам» (или «простым идеям») и примерам ее дальнейшего распространения по общим местам с использованием воображения. Однако в центре его риторического учения все-таки лежит элокуция — выражение изобретенного в словах.

**Иван Рижский**[5] считал «риторические места» правилами изобрете-

[1]) А.Арно и П.Николь. Логика, или искусство мыслить..., с. 239.
[2]) А.Арно и П.Николь. Логика, или искусство мыслить..., с. 238.
[3]) А.Арно и П.Николь. Логика, или искусство мыслить..., с. 239.
[4]) Ломоносов М.В. Краткое руководство к красноречию. — Полн. собр.соч., М., АН СССР, 1952, т. 7, с. 102.
[5]) Рижский И. Опыт риторики. Харьков, университетск. типограф., 1822, изд. 3, с. 14.

ния для больших сочинений, и относил их не к поиску аргументов при обсуждении проблемы, а к процессу порождения мыслей писателем.

**К.П. Зеленецкий**, напротив, называл *общими риторическими местами*, или *топиками*, «источники изобретения, развивающие мысли». Он писал, что «они указывают, с какой точки зрения должно смотреть на предмет или мысль».[1] Он полагал, что в риторике таких мест существует двадцать четыре: причина, сравнение, подобие, пример, уступление, условие и т. д. Этот каталог и по составу, и даже по приведенной последовательности полностью совпадает с каталогом в «Общей риторике» **Н. Кошанского**.[2] Назначение общих мест К.П. Зеленецкий видит в том, что из них можно «почерпать мысли лучшие, новые для распространения и доказательства» предмета обсуждения.[3]

Поскольку ко времени создания книг Зеленецкого топика стала многими пониматься исключительно как средство, позволяющее распространяться по любому предмету, не вникая в его сущность, когда «пишущий... не обращается вниманием к живому акту своей мысли..., а блуждает между семью вопросами и двадцатью четырьмя источниками...»,[4] Зеленецкий проводит различие между топами в античном понимании (loci communes, loci argumentorum) и общими местами школьной риторики (loci topici). И если значение первых двух видов для риторики он признавал, то к третьему относился явно критически: «Общие места (loci topici), о которых особенно заботились педагоги, так навыкали мысль к общим, бесцветным выражениям, так выглаживали ее, что это школьное влияние оставалось на всю жизнь».[5] Зеленецкий обращает внимание на неоднородность общих мест, их различную природу и назначение. Важна его мысль о том, что двадцать четыре источника изобретения — это набор подходов к тому, как можно рассматривать предмет, поскольку они позволяют рассмотреть его: 1) по его общему значению в сфере других предметов (имя и название, свидетельство, определение, описание), 2) по его происхождению и условиям существования (причина и условие, следствие, действие, страдание), 3) по его проявлению в пространстве (время, место, обстоятельства, уступление), 4) по отношению к его сближению с другими предметами или отдалению от них (сравнение, пример, подобие, противное).

**Н. Кошанский**, вслед за Квинтилианом, включает в источники изо-

[1]) Зеленецкий, К.П. Топики. Глава из книги «Теория словесности», Спб., 1851 // «Риторика», 1995, №1, Изд. «Лабиринт», с. 27.
[2]) Кошанский Н. Общая реторика. Спб., 1854, изд. 3-е.
[3]) Зеленецкий, К.П. Топики..., с. 34.
[4]) Зеленецкий К.П. Исследование о реторике ..., с. 41.
[5]) Зеленецкий К.П. Исследование о реторике ..., с. 10.



бретения мыслей еще и семь известных вопросов: кто, что делает, где, при чьей помощи, для чего, каким образом, когда. Нетрудно заметить, что использование данных вопросов служит не столько изобретению, сколько изложению мыслей, и направлено скорее на полноту этого изложения, чем на исследование альтернативных точек зрения.

Однако именно Н. Кошанский впервые в русской риторике приводит систему общих мест применительно к судебным речам. Поскольку в его время не существовало русского судебного ораторства, неудивительно то, что она оказывается позаимствованной у Квинтилиана и французских авторов. Кошанский выстраивает свою систему «источников ораторского изобретения» для судебного вида речей, основываясь на сравнении двух знаменитых речей Эсхина и Демосфена о золотом венке. «Представим, что Адвокат имеет темою **деяния** Гражданина, а целью **оправдание в обвинении**. Источники **Судебного Красноречия**: Адвокат знает, 1) что источники Судебного красноречия суть: a) законы, b) нравственные причины, побуждения, способы. 2) Он предполагает или a) совершенно устранить противузаконное действие от лица, или b) отклонить и уменьшить силу противузаконности нравственными причинами, или c) возбудить снисхождение, жалость, сострадание и пр. и потому рассматривает *со стороны обвинения*: 1) ясность деяния, 2) свидетельства, 3) доказательства, 4) закон в обвинение, 5) силу страсти, 6) злое намерение, 7) желание выгод, корысть и проч., а *со стороны оправдания*: 1) сомнительность дела, 2) неясность свидетельств, 3) опровержения, 4) законы в оправдание, 5) извинения, 6) неумышленность, 7) желание помощи, добра и проч».[1] Руководство данными источниками вполне позволяет рассмотреть дело с разных сторон и найти аргументы в защиту той или иной позиции по делу.

После 1864 года, когда в России в результате судебной реформы появилось судебное красноречие, стали появляться и трактаты по судебной риторике. Как ни странно, ни один из известных авторов-риторов не обратил внимания на топику, не увидел ее значения и практической применимости. В то же время заслуживает внимания тот факт, что некоторые авторы интуитивно отталкивались в своей теории и практике от ряда общих мест. Так, «положения» для анализа преступления, приведенные **Л.Е. Владимировым** в книге «Advocatus Miles (Пособие для уголовной защиты)» фактически являются общими местами судебной речи: факты жизни и характера подзащитного; научные данные, дающие возможность судить о свойствах личности; данные социологических исследований и социальный уклад; соотношение данного случая с

[1]) Кошанский Н. Частная реторика. Спб., 1840, изд. 5-е, с. 87.

общим, отвлеченным положением закона; неудовлетворительность редакции закона или его отрешенность от фактов многообразной действительности; добросовестное и всестороннее изложение фактов и за, и против; учет нравственного аспекта дела и т. д.[1] По сути дела это и есть те источники, из которых защитник черпает аргументы для своей речи.

Однако термин «общее место» у судебных ораторов приобрел к этому времени совершенно другое значение, не имеющее ничего общего с античным представлением о топах как источниках для мыслительной деятельности. **П. Сергеич** в книге «Искусство речи на суде» пишет: «Обвинитель говорил о преступности, ножевой расправе, о неприкосновенности человеческой жизни, о необходимости наказания, чтобы образумить или устрашить других. Какие безнадежно общие места!»[2] Мы встречаемся здесь с характерным для 19 века пониманием общих мест как избитых тем. Видимо, этим и объясняется невнимание судебных риторов к такому важному разделу античной риторики, как топика.

Когда топика практически исчезла из риторики, уступив место элоквенции, то есть чисто внешней стороне речи, наступил и закат риторики, и ее разрыв с правом как искусством находить доброе и справедливое в процессе судебного состязания.[3] Риторика стала призываться юристами только как дисциплина, способная обучить искусству красноречия, в которой основное внимание стало уделяться тропам и фигурам речи, а не искусству нахождения аргументов.

Интерес к топике со стороны риторов и философов стал проявляться с новой силой с середины пятидесятых годов нашего столетия. На этот раз возрождению топического подхода мы обязаны прежде всего юристам, для которых исследование проблемы взаимосвязи языка и правового мышления стало неотложной практической необходимостью. Без решения этой проблемы нельзя было решить самые насущные вопросы правоприменительной практики, возникающие в процессе толкования юридических терминов и нормативных текстов в целом, применения аналогии права, обоснования выбора того или иного варианта судебного решения и оценки правильности приведенной в нем аргументации с точки зрения не только формального права, но и справедливости. Эта насущная практическая необходимость сделала всех юристов, по меткому выражению Давида Меллинкоффа, «профес-

---

[1]) Л.Е.Владимиров. Advocatus Miles (Пособие для уголовной защиты) // Судебное красноречие русских юристов прошлого. Сост. Ю.А.Костанов. Москва, «Фемида», 1992, сс. 46–105.

[2]) П.Сергеич. Искусство речи на суде. М,. Юридическая литература, 1988, с. 132.

[3]) Jus est ars boni et aequi.



сиональными лингвистами поневоле»,[1] а философы права Х. Перельман и Т. Фивег на десятилетия вперед определили направление развития риторических исследований.

В XX в. появляются первые специальные работы по юридической риторике.[2] Современными исследователями, такими как Теодор Фивег (Германия), Хайм Перельман (Бельгия), Николай Хартманн (Германия), Джулиус Стоун (Великобритания), Коул Дурэм (США), Ричард А. Познер (США),[3] было взято на вооружение именно античное, а не картезианское, представление о топике — топике как искусстве проблемного мышления.

Бельгийский ученый **Хайм Перельман**, основатель неориторики, выдвинул свою оригинальную концепцию общих мест. В своих рассуждениях он исходит из того, что главной целью аргументации является присоединение аудитории к положениям оратора на основе достижения согласия. Фундаментом такого достижения могут быть презумпции,

---

[1]) Mellinkoff, D. The Language of Law. 1967, p. 3.

[2]) См., например: James Boyd White, Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism, Chicago: University of Chicago Press, 1990; idem, Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law, Madison, Wis.: University of Winconsin Press, 1985; Judith A. Harris, «Recognizing Legal Tropes: Metonymy as Manipulative Mode», American University Law Review 34 (1985): 1215–29; Richard K.Sherwin, A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling. — Michigan Law Review 87 (1988): 543–612; Herbert W. Simons. The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry. Chicago: University of Chicago Press, 1990; Goodrich, Peter. Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis. London, Macmillan, 1987; Paul Robertshaw, «Law, Language and Rhetoric», Modern Law Review 50 (1987): 971–981; Steven Mailloux. Rhetorical Hermeneutics. — In: Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Ed. By Sanford Levinson and Steven Mailloux. Northwest University Press, Evanston, IL, p. 345–362; Werner Krawietz. Neue Topik, Rhetorik und Dialektik in der praktischen juristischen Argumentation. — Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. — Sprachphilosophie, 2. Halbband, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1996, 102, 1476–1482; Ballweg, Ottmar & Siebert, Thomas-Michael. Rhetorische Rechtstheorie. — Freiburg / München: Verlag Karl Alber GmbH, 1982; Breuer, Dieter & Schanze, Helmut. Topik: Beiträge zur inter-disziplinären Discussion. — München: Wilhelm Fink Verlag, 1981; Luis Recas(ns Siches. Panorama del pensamiento juridico en singlo XX. — Mexico City, 1963; Posner, Richard A. Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal reasoning // Overcoming Law, Harvard University Press, 1995, pp. 498–530.

[3]) Viehweg, Theodor. Topik und Jurisprudenz. C.H.Beck, 1953; Stone, Julius. The Province and Function of Law, 1964; Hartmann, Nicolai. Diesseits von Idealismus und Realismus. — Kant Studien, 29, 1924; Perelman, Chaim & Olbrechts-Tyteca, Lucie. La Nouvelle Rhétorique: Traité de l'Argumentation, 2d ed. 2 vols., Bruxelles: Editions de l'Institut de sociologie, 1970; Perelman, Chaim. Rhétoriques. Bruxelles: Editions de l'Universite de Bruxelles, 1989; Durham, Cole W., Jr. Translator's Foreword. — Viehweg, Theodor. Topics and Law: A Contribution to Basic Research in Law. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1993; Posner, Richard A. Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal Reasoning // Overcoming Law. Harvard University Press, 1998 (5th printing), pp. 498–530.

общим, отвлеченным положением закона; неудовлетворительность редакции закона или его отрешенность от фактов многообразной действительности; добросовестное и всестороннее изложение фактов и за, и против; учет нравственного аспекта дела и т. д.[1] По сути дела это и есть те источники, из которых защитник черпает аргументы для своей речи.

Однако термин «общее место» у судебных ораторов приобрел к этому времени совершенно другое значение, не имеющее ничего общего с античным представлением о топах как источниках для мыслительной деятельности. **П. Сергеич** в книге «Искусство речи на суде» пишет: «Обвинитель говорил о преступности, ножевой расправе, о неприкосновенности человеческой жизни, о необходимости наказания, чтобы образумить или устрашить других. Какие безнадежно общие места!»[2] Мы встречаемся здесь с характерным для 19 века пониманием общих мест как избитых тем. Видимо, этим и объясняется невнимание судебных риторов к такому важному разделу античной риторики, как топика.

Когда топика практически исчезла из риторики, уступив место элокуенции, то есть чисто внешней стороне речи, наступил и закат риторики, и ее разрыв с правом как искусством находить доброе и справедливое в процессе судебного состязания.[3] Риторика стала призываться юристами только как дисциплина, способная обучить искусству красноречия, в которой основное внимание стало уделяться тропам и фигурам речи, а не искусству нахождения аргументов.

Интерес к топике со стороны риторов и философов стал проявляться с новой силой с середины пятидесятых годов нашего столетия. На этот раз возрождению топического подхода мы обязаны прежде всего юристам, для которых исследование проблемы взаимосвязи языка и правового мышления стало неотложной практической необходимостью. Без решения этой проблемы нельзя было решить самые насущные вопросы правоприменительной практики, возникающие в процессе толкования юридических терминов и нормативных текстов в целом, применения аналогии права, обоснования выбора того или иного варианта судебного решения и оценки правильности приведенной в нем аргументации с точки зрения не только формального права, но и справедливости. Эта насущная практическая необходимость сделала всех юристов, по меткому выражению Давида Меллинкоффа, «профес-

---

[1]) Л.Е.Владимиров. Advocatus Miles (Пособие для уголовной защиты) // Судебное красноречие русских юристов прошлого. Сост. Ю.А.Костанов. Москва, «Фемида», 1992, сс. 46–105.

[2]) П.Сергеич. Искусство речи на суде. М,. Юридическая литература, 1988, с. 132.

[3]) Jus est ars boni et aequi.



сиональными лингвистами поневоле»,[1] а философы права Х. Перельман и Т. Фивег на десятилетия вперед определили направление развития риторических исследований.

В XX в. появляются первые специальные работы по юридической риторике.[2] Современными исследователями, такими как Теодор Фивег (Германия), Хайм Перельман (Бельгия), Николай Хартманн (Германия), Джулиус Стоун (Великобритания), Коул Дурэм (США), Ричард А. Познер (США),[3] было взято на вооружение именно античное, а не картезианское, представление о топике — топике как искусстве проблемного мышления.

Бельгийский ученый **Хайм Перельман**, основатель неориторики, выдвинул свою оригинальную концепцию общих мест. В своих рассуждениях он исходит из того, что главной целью аргументации является присоединение аудитории к положениям оратора на основе достижения согласия. Фундаментом такого достижения могут быть презумпции,

---

[1]) Mellinkoff, D. The Language of Law. 1967, p. 3.

[2]) См., например: James Boyd White, Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism, Chicago: University of Chicago Press, 1990; idem, Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law, Madison, Wis.: University of Winconsin Press, 1985; Judith A. Harris, «Recognizing Legal Tropes: Metonymy as Manipulative Mode», American University Law Review 34 (1985): 1215–29; Richard K.Sherwin, A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling. — Michigan Law Review 87 (1988): 543–612; Herbert W. Simons. The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry. Chicago: University of Chicago Press, 1990; Goodrich, Peter. Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis. London, Macmillan, 1987; Paul Robertshaw, «Law, Language and Rhetoric», Modern Law Review 50 (1987): 971–981; Steven Mailloux. Rhetorical Hermeneutics. — In: Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Ed. By Sanford Levinson and Steven Mailloux. Northwest University Press, Evanston, IL, p. 345–362; Werner Krawietz. Neue Topik, Rhetorik und Dialektik in der praktischen juristischen Argumentation. — Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. — Sprachphilosophie, 2. Halbband, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1996, 102, 1476–1482; Ballweg, Ottmar & Siebert, Thomas-Michael. Rhetorische Rechtstheorie. — Freiburg / München: Verlag Karl Alber GmbH, 1982; Breuer, Dieter & Schanze, Helmut. Topik: Beiträge zur inter-disziplinären Discussion. — München: Wilhelm Fink Verlag, 1981; Luis Recas(ns Siches. Panorama del pensamiento juridico en singlo XX. — Mexico City, 1963; Posner, Richard A. Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal reasoning // Overcoming Law, Harvard University Press, 1995, pp. 498–530.

[3]) Viehweg, Theodor. Topik und Jurisprudenz. C.H.Beck, 1953; Stone, Julius. The Province and Function of Law, 1964; Hartmann, Nicolai. Diesseits von Idealismus und Realismus. — Kant Studien, 29, 1924; Perelman, Chaim & Olbrechts-Tyteca, Lucie. La Nouvelle Rhétorique: Traité de l'Argumentation, 2d ed. 2 vols., Bruxelles: Editions de l'Institut de sociologie, 1970; Perelman, Chaim. Rhétoriques. Bruxelles: Editions de l'Universite de Bruxelles, 1989; Durham, Cole W., Jr. Translator's Foreword. — Viehweg, Theodor. Topics and Law: A Contribution to Basic Research in Law. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1993; Posner, Richard A. Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal Reasoning // Overcoming Law. Harvard University Press, 1998 (5th printing), pp. 498–530.

ценности, истины, факты, иерархии. Конкретный факт согласия основан на топе. Топы (loci) представляют собой общие посылки, часто подразумеваемые, которые включаются в обоснование большей части предпочтений и выборов.[1]

В своем определении общих мест — как «заголовков, под которыми могут быть классифицированы аргументы», как «хранилищ аргументов», как «отправных пунктов аргументации»[2] — Перельман исходит из аристотелевского значения термина. Он пишет, что loci — это «неисчерпаемый арсенал, к которому любой человек, желающий убедить другого, будет вынужден обращаться, нравится ему это или нет».[3] Однако соглашаясь с самой идеей Аристотеля о существовании топов, Перельман расходится с ним в понимании критериев для составления их перечня. Во-первых, если Аристотель классифицирует общие места в соответствии со своими философскими взглядами, то Перельман не желает связывать себя догмами какой бы то ни было метафизической системы. Во-вторых, Перельман относит термин loci «только к посылкам общего типа, которые могут служить фундаментом для ценностей и иерархий».[4] Составить исчерпывающий перечень этих «посылок самого общего типа» невозможно хотя бы потому, что зачастую согласие между собеседниками базируется более, чем на одном взаимоприемлемом общем месте.

Помимо этого, само по себе обращение к общему месту может оказаться недостаточным, и, следовательно, собеседник может потребовать его обосновать, а состав общих мест в каждом социуме будет разным за счет существования ряда общих мест, характерных только для данного социума. Перельман и не ставит перед собой задачи составления сколько-нибудь полного каталога, считая, что в целях исследования ему достаточно указать, что «все аудитории, любого типа, должны принимать loci во внимание».[5] При этом он замечает, что каждому общему месту в процессе аргументации может быть противопоставлено другое, и это делает возможным «характеризовать то или иное общество не только по конкретным ценностям, которые оно более всего превозносит, но и по силе, с которой оно придерживается того или иного общего места из пары противопоставленных».[6]

1) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. — Notre Dame — London, 1969, p. 83.
2) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric..., p. 93.
3) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 84.
4) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 84.
5) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric..., p. 85.
6) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 85.



Проанализировав аргументацию в философии, политике и праве, Перельман пришел к заключению, что обнаруженные им приемы оказались по большей части приемами из «Риторики» Аристотеля, а задачи, которые ставил перед собой Аристотель, оказались сродни его собственным. Принципиальное же отличие подхода Перельмана к их решению состояло в том, что он стал исходить при обосновании выдвинутых положений из важности ценностного суждения. «Понятие ценностного суждения, оценки изменяет сам характер предмета риторики: именно оно позволяет в современных условиях изучать проблемы аргументации, не противопоставляя риторику философии и не подчиняя ее формальной логике».[1]

Перельман утверждал, что центральной в системе аргументации является эпидейктическая речь, поскольку именно она вырабатывает ценностные суждения и выстраивает их иерархии. Выработанные в эпидейктике ценности становятся основой достижения согласия и в парламенте (в совещательной речи), и в суде (в речи судебной). Эпидейктическая речь не только оказывает влияние на аудиторию, но и формирует, воспитывает самого оратора, так как она неразрывно связана с его авторитетом, прежде всего нравственным.

Главной целью аргументации, как считает Перельман, является присоединение аудитории к положениям оратора на основе достижения согласия. Существенным является не то, что сам оратор считает истинным и доказанным, а то, каково мнение тех, к кому он обращается: «Именно аудитории принадлежит главная роль в определении качества аргументации и поведения ораторов».[2]

Совершенно иной подход к общим местам разработал немецкий юрист **Теодор Фивег (1907–1988)**. Исследуя риторические сочинения от античности до нашего времени, он выдвинул тезис о том, что в современном мире метод (а точнее, искусство — téchne) нахождения мыслей по топам, разработанный риторикой, является более подходящим для порождения аргументов, чем дедуктивный способ, превалирующий в праве со времен Декарта. Отталкиваясь от мысли, проскользнувшей в работе Джамбатисты Вико «О рациональном способе обучения в наше время» (De nostri temporis studiorum ratione), Фивег выделяет две модели правового мышления: 1) новую системно-ориентированную дедуктивную модель, ассоциирующуюся с картезианством, 2) противостоящую ей старую, проблемно-ориентированную, или топическую, модель, которая берет свое начало в античной риторике.

1) Волков А.А. Неориторика Брюссельской школы, с. 51.
2) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 24.

ценности, истины, факты, иерархии. Конкретный факт согласия основан на топе. Топы (loci) представляют собой общие посылки, часто подразумеваемые, которые включаются в обоснование большей части предпочтений и выборов.[1]

В своем определении общих мест — как «заголовков, под которыми могут быть классифицированы аргументы», как «хранилищ аргументов», как «отправных пунктов аргументации»[2] — Перельман исходит из аристотелевского значения термина. Он пишет, что loci — это «неисчерпаемый арсенал, к которому любой человек, желающий убедить другого, будет вынужден обращаться, нравится ему это или нет».[3] Однако соглашаясь с самой идеей Аристотеля о существовании топов, Перельман расходится с ним в понимании критериев для составления их перечня. Во-первых, если Аристотель классифицирует общие места в соответствии со своими философскими взглядами, то Перельман не желает связывать себя догмами какой бы то ни было метафизической системы. Во-вторых, Перельман относит термин loci «только к посылкам общего типа, которые могут служить фундаментом для ценностей и иерархий».[4] Составить исчерпывающий перечень этих «посылок самого общего типа» невозможно хотя бы потому, что зачастую согласие между собеседниками базируется более, чем на одном взаимоприемлемом общем месте.

Помимо этого, само по себе обращение к общему месту может оказаться недостаточным, и, следовательно, собеседник может потребовать его обосновать, а состав общих мест в каждом социуме будет разным за счет существования ряда общих мест, характерных только для данного социума. Перельман и не ставит перед собой задачи составления сколько-нибудь полного каталога, считая, что в целях исследования ему достаточно указать, что «все аудитории, любого типа, должны принимать loci во внимание».[5] При этом он замечает, что каждому общему месту в процессе аргументации может быть противопоставлено другое, и это делает возможным «характеризовать то или иное общество не только по конкретным ценностям, которые оно более всего превозносит, но и по силе, с которой оно придерживается того или иного общего места из пары противопоставленных».[6]

[1]) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. — Notre Dame — London, 1969, p. 83.
[2]) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric..., p. 93.
[3]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 84.
[4]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 84.
[5]) Perelman, Chaim; Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric..., p. 85.
[6]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 85.



Проанализировав аргументацию в философии, политике и праве, Перельман пришел к заключению, что обнаруженные им приемы оказались по большей части приемами из «Риторики» Аристотеля, а задачи, которые ставил перед собой Аристотель, оказались сродни его собственным. Принципиальное же отличие подхода Перельмана к их решению состояло в том, что он стал исходить при обосновании выдвинутых положений из важности ценностного суждения. «Понятие ценностного суждения, оценки изменяет сам характер предмета риторики: именно оно позволяет в современных условиях изучать проблемы аргументации, не противопоставляя риторику философии и не подчиняя ее формальной логике».[1]

Перельман утверждал, что центральной в системе аргументации является эпидейктическая речь, поскольку именно она вырабатывает ценностные суждения и выстраивает их иерархии. Выработанные в эпидейктике ценности становятся основой достижения согласия и в парламенте (в совещательной речи), и в суде (в речи судебной). Эпидейктическая речь не только оказывает влияние на аудиторию, но и формирует, воспитывает самого оратора, так как она неразрывно связана с его авторитетом, прежде всего нравственным.

Главной целью аргументации, как считает Перельман, является присоединение аудитории к положениям оратора на основе достижения согласия. Существенным является не то, что сам оратор считает истинным и доказанным, а то, каково мнение тех, к кому он обращается: «Именно аудитории принадлежит главная роль в определении качества аргументации и поведения ораторов».[2]

Совершенно иной подход к общим местам разработал немецкий юрист **Теодор Фивег (1907–1988)**. Исследуя риторические сочинения от античности до нашего времени, он выдвинул тезис о том, что в современном мире метод (а точнее, искусство — téchne) нахождения мыслей по топам, разработанный риторикой, является более подходящим для порождения аргументов, чем дедуктивный способ, превалирующий в праве со времен Декарта. Отталкиваясь от мысли, проскользнувшей в работе Джамбатисты Вико «О рациональном способе обучения в наше время» (De nostri temporis studiorum ratione), Фивег выделяет две модели правового мышления: 1) новую системно-ориентированную дедуктивную модель, ассоциирующуюся с картезианством, 2) противостоящую ей старую, проблемно-ориентированную, или топическую, модель, которая берет свое начало в античной риторике.

[1]) Волков А.А. Неориторика Брюссельской школы, с. 51.
[2]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 24.

Вико писал о том, что ***новый*** (догматический, или критический) метод правового анализа исходит из существования primum verum — высшей истины, которая не может быть ни опровергнута, ни даже поставлена под сомнение. Дальнейшее рассуждение выстраивается посредством создания дедуктивных цепочек. В противоположность этому методу, ***старый***, топический метод «выглядит следующим образом: исходная точка устанавливается здравым смыслом (sensus communis), который зиждется на правдоподобном (verisimilia), и который далее в соответствии с риторическими топами изменяет угол зрения и работает с набором силлогизмов».[1] Последствиями дедуктивного метода являются утрата взвешенного взгляда, остановка развития воображения и памяти, бедность языка, незрелость суждения. Но все эти проблемы устраняются старым риторическим методом, и в частности его центральной частью — риторической топикой. «Последняя привносит человеческую рассудительность, тренирует воображение и память и учит тому, как рассматривать дело в разных ракурсах, т. е. учит находить разные точки зрения (topoi)».[2]

Фивег, отталкиваясь от «намека» Вико, так сформулировал в предисловии свое понимание топики: ***«Топика — это способ проблемно-ориентированного мышления, который был развит риторикой. Она представляет собой умственную работу, в корне отличающуюся на каждом уровне от той, которая существует при дедуктивной системе».***[3] Фивег считает, что общие места (топы) могут быть представлены как умственные ориентиры в топографии аргументации. Однако в этом качестве они выступают не только как подсказка о том, какие аргументы необходимо задействовать в речи, но и, на более глубоком уровне, как исходные пункты для созидательного процесса при решении проблем.

Анализируя с точки зрения топики ius civile (которое понимается Фивегом не только как собственно римское право, но и как навеянная римским правом традиция правотворчества), mos italicus, или «итальянский стиль» (распространившийся в конце средневнековья из итальянских университетов по всем Альпам и способствовавший рецепции римского права в Германии в эпоху Возрождения), попытки Лейбница использовать топический метод в ars combinatoria, соотношение топики и аксиоматики в юриспруденции, а также роль топики в современном правовом мышлении применительно к гражданскому праву, автор

1) Viehweg, Theodor. Topics and Law: a Contribution to Basic Research in Law. — Frankfurt am Mein: Peter Lang, 1993, p. 5.
2) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 5.
3) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 12.



приходит к выводу, что топика всегда была и остается неотъемлемой частью правового мышления. При этом юриспруденция рассматривается им не как наука о праве, а как специальная процедура для рассмотрения правовых проблем, которая в этом качестве — именно как процедура — может быть предметом правовой науки.

Знаменательно, что подобная работа появилась не в Англии и не в Америке — странах с прецедентной системой права, являющейся, по меткому замечанию американского профессора Коула Дурэма, «инстинктивно риторической», а в послевоенной Германии, чья правовая культура была в высшей степени системно-ориентированной. В исходной посылке о том, что правовое решение по любому частному делу может и должно быть научно выводимо из норм права, содержащихся в конституции, кодексах и законах, видели панацею от злоупотреблений властью, от ее превышения, от произвола и пристрастности при отправлении правосудия. Мысли Фивега, усомнившегося в правильности такого подхода, казались не просто неправильными — они казались угрожающими существующему правопорядку. Неудивительно, что книга вызвала волну дискуссий в научных кругах и литературе, которая не утихает до сих пор.

Критики Фивега, прежде всего, приписывали ему полное отрицание роли систематизации в праве. Однако Фивег никогда не писал о том, что систематизация в праве не нужна. Напротив, он признавал, что право имеет свою систему и структуру. Другое дело, что эта система, по мысли Фивега, является не аксиоматической или дедуктивной, а ***риторической***, т. к. задается системой общих мест — топов. Он не отрицает ни важности системного мышления, ни необходимости классификации и упорядоченности правового материала. Но он проводит идею, что этого недостаточно и что решение правовых проблем не может быть сведено только к этому.

Вторым возражением Фивегу было то, что топический подход приводит к излишней активности судебной власти, ставя ее выше законодательной. Но, как правильно отмечает Коул Дурэм,[1] во-первых, никто не доказал, что подобная судебная созидательность сама по себе плоха, а во-вторых, никто не доказал, что судьи, применяющие топический метод аргументации, более склонны злоупотреблять своей властью, чем судьи, использующие какой-либо другой методологический подход. Прецеденты, принципы права, каноны интерпретации и другие источники общих мест — топов — ограничивают судью не меньше,

1) Durham, Cole W., Jr. Foreword to: Viehweg, Theodor. Topics and law: a contribution to basic research in law. — Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993, p. xxi.

чем нормы статутов. Фивег проводит мысль о том, что аналитическая риторика как раз и служит для выявления тех установок, которыми должны руководствоваться судьи при вынесении решения. Общие места, из которых судьи должны черпать свои доводы при мотивировке принятого решения, являются средством ограничения произвола судей, так как они задают те рамки, в которых судьи проявляют свои дискреционные полномочия. Таким образом, топы выступают как ограничение на произвольное толкование норм и принципов права.

Третье возражение Фивегу основывалось на том, что применение топического метода в праве приведет к разногласиям как среди юристов, так и в обществе в целом, подорвет основы правопорядка и законности. В ответ сторонники метода отмечали, что в современном обществе, где все большее значение приобретает внесудебный порядок разрешения правовых споров, такой как улаживание их путем переговоров, альтернативных правовых процедур и т. п., именно топический метод является необычайно продуктивным в плане выработки и анализа неординарных решений.

Следует добавить, что применение топического метода в праве возможно не только при анализе конкретных правовых споров. Организация компьютерных баз данных, составление компиляций правовых документов, определение структуры кодексов по новым отраслям права, издание справочно-библиографического материала по правовой проблематике — все эти виды деятельности основаны на использовании топов, соответствуют определенной топической модели.

Главное же достоинство топического метода автор и его многочисленные сторонники видят в том, что **этот метод находится в самом центре основополагающего принципа правосудия: для того, чтобы суд был справедливым, необходимо выслушать все стороны и принять во внимание все возможные точки зрения, а это и есть рассмотреть все относящиеся к делу топы** (*τοποι*).

Хотя топический подход Фивега так и не стал в Германии главным методологическим подходом к анализу правовой действительности, он, вне всякого сомнения, вот уже в течение 40 лет продолжает оказывать влияние на развитие как правовой, так и риторической мысли. Последователи Фивега продолжают развивать его идеи в рамках так называемой Майнцской школы, которая уделяет значительное внимание риторическому анализу.

Фивег не ставил целью рассмотреть все аспекты взаимоотношений между риторикой и правом, а остановился лишь на том вкладе, который риторика вносила и продолжает вносить в развитие правового мышления. Его книга «Топика и юриспруденция» — это исследование **способа**, которым люди думают о правовых проблемах.



Он стремится показать, что дедуктивно-систематический метод, в отличие от проблемно-ориентированного топического, уводит от решения проблем. При дедуктивно-систематическом подходе тревожатся изначально комплексные взаимосвязи между составляющими проблемы. Ни одна проблема не может быть решена чисто логическим путем, а поскольку она остается нерешенной, она продолжает беспокоить того, перед кем стоит. Значит, он вынужден снова и снова пересматривать посылки и находить новые, пока не придет к искусству изобретения, то есть топике как ars inveniendi.

Топика как ars inveniendi отличается от логики, являющейся ars iudicandi, как процедура поиска посылок от процедуры их применения. Топика — предлогическая ступень. Сначала топика находит посылки, затем логика их применяет.

Основные посылки при топической процедуре легитимируются посредством их принятия партнером по коммуникации: «Всё то, что неоднократно предполагается всеми сторонами, выступает как фиксированное, как неоспоримое, и, в конце концов, в этом контексте даже как доказанное. Подобным образом, посылки оцениваются в свете определенной проблемы как «относящиеся к делу», «не относящиеся к делу», «приемлемые», «неприемлемые», «отстаиваемые», «неотстаиваемые» и т. д. Более того, нюансы, типа «вряд ли отстаиваемые», «все же отстаиваемые», похоже имеют смысл здесь и только здесь».[1]

Все, что получило силу в результате обсуждения и соглашения, может выступать в качестве посылки. Однако привести посылку еще не значит ее обосновать. Обоснование посылок — логический процесс, который требует дедуктивной системы. Основной вопрос состоит в том, где начинается переход от топического способа рассуждения к дедуктивному способу доказывания. Но важно заметить, что именно топика, а не дедукция ведет к решению проблемы.

Пропозиции, с которыми работает топика, подвергаются логическому подтверждению только в ограниченной мере, но «тем не менее, они обсуждаемы; и в царстве Топики, таким образом, главный интерес состоит в том, чтобы, по меньшей мере, сформулировать эту обсуждаемость возможно более ясно и просто».[2]

Свои заключения Фивег подтверждает тщательным анализом примеров из различных правовых систем.

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 30–31.
[2]) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 33.

В главе **«Топика и ius civile»** он подробно анализирует один из отрывков Дигестов Юлиана, касающийся проблемы незаконного владения (узукапио). Римское право всегда разочаровывало сторонников системного метода, ибо способ изложения казусов делал попытки применения дедукции абсолютно бесполезными. Дигесты — это скорее проблемно-ориентированный контекст: «...римский юрист имеет дело с проблемами и поиском аргументов. Как следствие этого, ему необходимо развить соответствующую технику (искусство, téchne). Вне всякого сомнения, он не пытается проиллюстрировать контекст, из которого он исходит — он двигается в его пределах. Это основной подход Топики».[1] Дигесты Юлиана дают представление о том, как может выглядеть каталог топов для права. Практически, они представляют собой подручный репертуар очень важных, давно утвердившихся точек зрения в форме цитат из сочинений юристов, составленный без всякого намерения их систематизировать и имеющий весьма свободное расположение. Что касается расположения, следует упомянуть несколько topoi, большинство из которых всемирно известны: «то, что имеет дефект в самом начале, не может стать действительным с течением времени», «никто не может передать другому больше прав, чем сам имеет», «где возможно большее, возможно также и меньшее».

Фивег считает, что эти утверждения соответствуют диалектически установленным посылкам, понимаемым в свете идей Аристотеля, так как могут считаться правдивыми в силу того, что кажутся таковыми «всем, или мудрым — всем или большинству, или наиболее известным из них».

В главе **«Топика и mos italicus»** Фивег рассматривает деятельность средневековых глоссаторов, или комментаторов права. То, что они были хорошо знакомы с топикой, гарантировалось существовавшей системой образования. Средневековые юристы прежде, чем приступить к изучению специальности, должны были изучить семь свободных искусств, в число которых входила риторика и соответственно топика. Многие из них были ранее магистрами искусств (magistri artium) — например, автор одной из книг писал о себе, что он «бывший магистр (учитель) свободных искусств, для которого преподавательская деятельность в области риторики открыла путь к преподаванию права». Это утверждение верно и относительно Ирнерия (умер 1130), основателя школы права в Болонье. Он тоже стал сначала магистром искусств.

«Тесные узы между риторикой (Топикой) и юриспруденцией, воз-

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 39.



никшие в результате этого и полностью оправданные, оказались, в какой-то степени, очевидным провалом в историческом сознании современного юриста. Эта связь, однако, соответствует традиции, идущей от ранней античности и периода вхождения в средневековье, который находился главным образом под влиянием Цицерона. Справедливо указывалось, что Квинтилиан (который умер около 95 г. н.э.) требовал от оратора знания юриспруденции; что для Кассиодора (умер в 570 г.) связь между занятиями грамматикой, риторикой и правом была самоочевидной; и что Исидор из Севильи (умер в 636 г.) прямо характеризовал риторику как науку человека, искусного в праве (scientia iuris peritorum)».[1]

Средневековые юристы столкнулись с довольно сложной проблемой: с одной стороны, сохранить приверженность древним текстам права, с другой — приспособить их к новым условиям. Первый вопрос был в том, что делать, если тексты противоречат друг другу; второй — как создать подходящие взаимоотношения между текстом и ситуацией. В обоих случаях ответ должна была дать топика. «В целом попытку решить их называли по большей части экзегезисом или интерпретацией. Именно в средние века пришло осознание того, что «без интерпретации нет юриспруденции».[2]

Вторая проблема — создание подходящих отношений между отрывком текста и ситуацией — настолько очевидно является предметом топики, что на этом пункте Фивег останавливается весьма кратко. При применении нормы права происходит поиск и нахождение точек зрения, которые оправдывают применимость конкретного отрывка текста к данной ситуации. Чем больше уважение к применяемому тексту и чем больше разница между проблемными ситуациями — вызвавшей создание текста, с одной стороны, и существующей в то время, когда отрывок текста должен быть применен, с другой, — тем больше необходим для этого топический процесс.

Поиск общих мест, характерных для любого судебного дела, привел к созданию многочисленных средневековых формул, применимых как при анализе проблемы, так и в дидактических целях — при обучении праву.

Фома Аквинский предлагал следующую формулу, ставшую классической: 1) utrum... (постановка проблемы); 2) videtur quod... (подобные точки зрения); 3) sed contra... (противоположные точки зрения); 4) respondeo dicendum... (ответ, решение); 5) в то время как...

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 53.
[2]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 48.

(снова возражения, которые уже есть или могут появиться против решения).

М. Грибальдус Мофа использовал иную схему. Фивег расшифровывает ее следующим образом:

1) вступительная характеристика, объяснение терминов, и другие вводные рассуждения;

2) разделение мыслей, содержащихся в тексте;

3) обновленная рекапитуляция;

4) изложение дела, взятого или из текста, или из сборника прецедентов, или из практики, или изобретенного;

5) чтение текста, интерпретация;

6) приведение доводов в обоснование решения (с использованием четырех аристотелевских причин — достаточной, материальной, формальной и конечной);

7) перечисление дальнейших замечаний, ведущих к развитию общих правил — так называемые brocardica, regulae, loci communes axiomata;

8) ответы и возражения.

Каталог юридических общих мест подобного типа может быть найден и в позднейших сочинениях. Он содержит topoi или loci ordinarii юриспруденции, признанные школами права, и предполагает, главным образом, знание посылок, применимых в каждом судебном деле. В соответствии с укрепившейся традицией, loci ordinarii — это клад профессиональных знаний. Мофа приводил такие примеры: «в случае сомнения должно отдаваться предпочтение более благоприятной интерпретации», «вина более, нежели деяние, должна учитываться при обвинении человека», «общественной пользе должно отдаваться предпочтение перед частным удобством» и т. п.

Хорошо известно, что эти общие места не в малой степени легитимируются благодаря их оценке. В этом отношении, ранг их престижа (иерархия авторитетов) играет весьма значительную роль. Именно авторитет — один из важнейших топов средневекового мира — гарантирует их признание.

Глава **«Топика и ars combinatoria»** содержит интересные сведения о безуспешных попытках Лейбница поместить искусство изобретения (ars inveniendi) под арифметический контроль. Стремления Лейбница оказались тщетными из-за проблемы многозначности слов естественного языка.

Но, может быть, допускает мысль Фивег, попытки поставить правоприменение под строгий научный контроль были обречены на провал из-за ошибок в подходе? Что если попробовать опровергнуть топику, введя систематизацию? Такую попытку он предпринял в главе **«Топика и аксиоматика»**.



Предположим, — рассуждает Фивег, — что каталог общих мест содержит фундаментальные концепции и принципы из конкретной области гражданского права (в более или менее произвольной последовательности) и что перед нами стоит задача создать и развить из них логическую систему S. На дедуктивный метод мы сможем положиться, только если нам удастся создать полный каталог этих общих мест (топов). Но создать его невозможно. Каталог должен быть полным — это значит, что все мыслимые пропозиции должны быть сводимы к уже имеющимся в системе S; пропозиции должны быть последовательны, непротиворечивы и взаимно исключать друг друга. Более того, они сами, входя в систему, не могут быть подтверждены внутри нее. Одна из аксиом не должна следовать из другой (иначе в системе будут избыточные пропозиции). Если нам удастся установить такой список, удовлетворяющий требованиям полноты, последовательности и независимости — мы можем все остальные пропозиции выводить из аксиом по правилам логической операции, т. е. посредством выводов из дедуктивных цепочек рассуждения. Если нам удастся установить такие аксиомы для гражданского права, мы сможем говорить о логической системе в гражданском праве. На самом деле это никогда не было реализовано до конца, хотя юристы и настаивают на существовании такой системы.

Реально существующий правопорядок — это не одна логическая система, а неопределенное множество систем, отношения между которыми не являются строго установленными. Поскольку множественность систем подразумевает возможность коллизий, необходим инструмент для их ликвидации. Его находят в интерпретации. Ее задача — привести к общепризнанной гармонизации, или согласованности (concordantia). Но «как только мы обращаемся к интерпретации, которая, как мы только что упомянули, предписывается естественным состоянием права, в правовую систему проникает Топика. Ибо интерпретативное мышление должно маневрировать в стиле Топики. Более того, если мы примем во внимание..., что правопорядок подвержен непрекращающимся изменениям во времени, роль интерпретации, а следовательно, топики как инициатора примирения противоположностей (coincidentia oppositorum), становится еще более насущно необходимой».[1]

Таким образом, разрешение антиномий в праве возможно только с помощью топики, так как только она дает метод примирения противоположностей.

[1]) Там же, с. 76.

Проникновение Топики в систему права происходит и в связи с использованием естественного языка. То, что язык сочетает в себе практически бесконечное множество постоянно меняющихся горизонтов понимания, осознается сегодня всеми. Если кто-то зависит от естественного языка, как это бывает практически всегда в сфере права, то он находится, как систематизатор, в постоянной опасности быть неосознанно, но принудительно, вовлеченным в его интерпретацию и реинтерпретацию, поскольку значение слов в языке меняется, а буква закона остается.

В топической манере происходит и интерпретация фактов, которые привлекаются для рассмотрения в определенном деле, поскольку помещение фактов в правовую систему — не что иное как подведение их под определенный топ. «Каждый раз, когда заслушивается противная сторона или приводится показание свидетеля или эксперта, мы неизбежно вспоминаем об этом, потому что часто мы знакомимся здесь с совершенно различными точками зрения или горизонтами понимания. Только в ходе процесса становится, наконец, ясно, какие факты имеют отношение к позитивному праву и какое позитивное право должно применяться к данным фактам. То, что в упрощенном виде привыкли называть применением права, в значительной мере является взаимным «прилаживанием» фактов и правового порядка друг к другу».[1]

Все это говорит о том, что правовая система вряд ли может быть быть названа системой в логическом смысле, а само право и сегодня основывается не столько на логике, сколько на искусстве изобретения (ars inveniendi), как и в те времена, когда Цицерон объяснил, что топика предшествует логике. Даже если мы постараемся аксиоматизировать право с полным запрещением интерпретации вне правил и установим строгие и исчерпывающие правила интерпретации, процесс отбора аксиом и правил все равно неизбежно останется областью топики.

Вероятно, работа Фивега поставила больше вопросов, чем дала ответов. Где и как мы должны искать топы? Как оценить их значимость и выстроить в иерархию? Как определить, известны ли они «всем, или большинству людей, или мудрым — всем, либо большинству, либо самым известным из них»,[2] да и где искать этих известных и мудрых? Ответы на эти и другие вопросы важны не только для развития риторики и права, но и для понимания различий в культурных и этических традициях народов, а также различий в мировоззрении отдельных профессиональных, религиозных, социальных, этнических групп, принадлежащих одному народу. Со времени опубликования книги Фивега прошло более 40 лет, но поиск этих ответов продолжается.

1) Там же, с. 78.
2) Аристотель. Топика. Соч. В 4-х т., М., 1978, т. 2, с. 389.



Но даже если не принимать в расчет тот стимул, который придала риторическим исследованиям во всем мире книга Фивега, только сама попытка вернуть риторике и праву их изначальную связь и взаимопроникновение уже заслуживает самого пристального внимания, поскольку помогает вернуть юристам, философам и филологам давно утраченный взгляд на единство интеллектуального подхода при анализе проблем в различных областях гуманитарного знания.

Мысль Фивега развивает переводчик и комментатор его книги, американский профессор **Коул Дурэм**: «На поверхностном уровне общие места можно рассматривать как подручные памятки, или маркеры, для тех тем, которые надо затронуть, либо для тех аргументов, которые надо привести в своей речи. Но на более глубоком уровне, их можно считать начальными точками человеческой креативности и изобретательности в процессе разрешения проблем и борьбы с ними».[1]

Он обращает внимание на то, что слово «юриспруденция» использовано в заглавии книги Фивега неслучайно: достаточно обратиться к его этимологии, чтобы понять, почему Фивег выбрал именно его, а не слово «право». Слово jus, juris в переводе с латинского означает «право», а слово prudens, prudentis — «действующий сознательно, основательно знающий, рассудительный, благоразумный». Юриспруденция — не просто основательное знание права, но и умение судить о праве, рассуждать о правовых проблемах благоразумно, практично, основательно (от лат. prudence — основательное знание, рассудительность, ум, благоразумие, практичность). Дурэм увидел в обращении Фивега к слову «юриспруденция» особый смысл — еще одно напоминание о том, что в конечном счете право — это и есть скорее рассудительность, т. е. практическая способность, основанная на применении топов, чем наука, сводящаяся к дедуктивной систематизации.

Дурэм пытается взглянуть на топику глазами американского юриста, чья подготовка в корне отличается от подготовки юриста в странах с континентальной системой права. Он замечает, что американская правовая система всегда уделяла гораздо больше внимания процессуальному праву, чем континентальная. Принцип равенства прав означает в ней прежде всего то, что стороны имеют равные права в сборе

1) Durham, W.Cole, Jr. Translator's Forward // Viehweg, T. Topics and Law, 1993, p. xiii; Adam Smith, Lectures on Rhetoric and Belles Lettres, ed. J.C. Bryce, The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith, A.S. Skinner, General Editor (Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1983).

и исследовании доказательств, т. е. всех относящихся к делу топов, выступающих в данном случае как доказательства, в то время как в других странах равенство прав понимается, прежде всего, как равный доступ граждан к эквивалентным судам.

В странах с англо-американской системой права, помимо этого, всегда отводилась важная роль риторической подготовке будущих юристов. Риторические навыки оттачивались в многочисленных упражнениях по ведению споров, решению казусов, аналитическому изучению прецедентов. Все эти виды подготовки были «топичны по самой своей природе», хотя понятие топов как таковое не вводилось. Но сама история развития права, в том числе конституционного, по мысли профессора Дурэма, имела в англо-американской культуре своим источником именно этот, топический, подход — в суде, свободном от диктата других ветвей власти, достаточно независимо и творчески трактующем нормы статутов, исходящим в своей интерпретации из принципов естественного права, морали, общественного интереса и т. п., видели главную гарантию от узурпации власти законодательными органами и основу справедливого правосудия.

Дурэм добавляет, что даже борьба за свободу слова в Америке и аргументы, приводившиеся в ее защиту, могут быть интерпретированы в свете этого подхода как аргументы в пользу важности сохранения в обществе состава общих мест в его наиболее полном виде, и, следовательно, как гарантия того, что при решении социальных проблем всем относящимся к делу общим местам — различным подходам и точкам зрения — будет уделено надлежащее внимание. С точки зрения топики, центральное планирование в экономике неэффективно именно потому, что оно неспособно учесть все топы, имеющие значение для защиты интересов различных индивидов, а значит, оно неспособно решить их проблемы. «В этой связи, неслучайно, что Адам Смит, отец современной экономики и рыночной теории, был также и лектором по риторике»,[1] написавшим «Лекции по риторике и литературе».

Интересной параллелью к классическим словесным общим местам может служить появившийся в связи с развитием электронно-вычислительных средств набор изображений на экране — значков или ярлыков — для выбора нужных программ. Эти изображения являются не чем иным как визуальными общими местами, обозначающими места хранения нужной информации.

Ответом на вышедшие работы Перельмана и Фивега стала глава «Доводы и рассуждение в судебной и юридической аргументации» в

[1]) Durham, W.Cole, Jr. Translator's Forward // Viehweg, T. Topics and Law, p. xxx.



книге **Джулиуса Стоуна**.[1] Риторические исследования Фивега и Перельмана оказались удивительно плодотворными для решения проблем, которыми занимался Стоун. Для него, как и для многих других авторов, было очевидно, что возможности формальной логики в праве имеют свои пределы. «Вопрос, справедливо поставленный (*Фивегом и Перельманом* — *А.С.*), состоит, следовательно, в том, чтобы дать новое рассмотрение и разработку тому типу аргументации, которому могут оказаться если не поддатливы, то по крайней мере более поддатливы, моральные, политические и социальные проблемы. Нас определенно движет в этом направлении неизбежный факт. Ибо если люди не могут аргументировать неким правильным образом за теми пределами, которые устанавливает формальная логика, решение многих наиболее важных жизненных вопросов должно считаться фактически предоставленным либо анархии чисто индивидуального персонального предпочтения, либо силе, обману или прочим формам манипуляции, которые практикуют некоторые из нас над другими».[2] Он сожалел по поводу недостатка сознательного внимания ученых юристов к несиллогистическим элементам в судебном рассуждении. По его мнению, для понимания юридической аргументации необходимо обратить внимание на два основных вопроса. «Первый — это вопрос справедливости, например, какие меры или критерии способны помочь при осуществлении выбора в тех случаях, когда он не был определен логикой; второй касается взаимодействия права и других социальных феноменов, например, факторов, определяющих судебный выбор в конкретных случаях... Здесь следует особо отметить то, что оба вопроса касаются «неправового» материала, который, наряду с правовыми предписаниями, неким образом проявляет себя в правовом суждении».[3]

Стоун пишет о том, что трудности с использованием норм права как посылок силлогизма возникают не только тогда, когда норма изложена двусмысленно или неясно, но и тогда, когда возможно применение нескольких норм, подводящих к различным выводам. В таких случаях используются и другие посылки, которые Стоун назвал ***«иллюзорными категориями»*** и которые, как он признает далее, соотносимы с риторическим понятием «топов». Изучение этих «иллюзорных категорий» необходимо для того, чтобы определить пределы использования формальной логики и других типов рассуждения в юридической аргументации и ввести в определенные, разумные рамки судебное правотворчество.

[1]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning. — Ch. 8 «Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument». London, 1964.
[2]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning, p. 333.
[3]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning..., p. 326.

Стоун пишет: «...Глядя на дело извне правового материала, мы должны признать также, что за границами, в пределах которых формальная логика может диктовать определенное решение, может находиться другой, менее убедительный, но все же правильный, способ рассуждения».[1] Юристы, особенно в странах с прецедентной системой права, всегда считали, что выбор судебного решения даже в тех случаях, когда он не является формально-логическим заключением, не должен основываться на произвольных доводах, а только на тех, которые могут быть оценены и одобрены обществом.

Общими местами юридической аргументации в этом контексте, как пишет Стоун, можно считать и принципы права, и идеалы юристов, и технику их работы, и систему подготовки юристов в той или иной стране, и правовые прецеденты. В то же время, по его мнению, исследование топики имеет не столько практическое (для юристов), сколько теоретическое (для филологов и философов) значение. Он согласен с Перельманом, что в таких отраслях, как право, ритор (будь то логик, философ или филолог) не должен учить специалистов, а скорее должен учиться у них анализировать аргументы, которые специалисты находят полезными или бесполезными из-за их силы или слабости, уместности или неуместности.[2]

Стоун обращал внимание на то, что не следует считать топический метод панацеей от всех стоящих перед правом проблем. Понятие топа может, вероятно, помочь заполнить пробел между теорией и практикой, помочь в деле образования юристов. «Риторический» способ мышления, применяемый судьями, равно как и философами, способен продвинуть границу рассуждения на территорию, занимаемую интуитивным выбором или неверно применяемой формальной логикой. В то же время, с решением многих вопросов современного социального и правового порядка топы как основа для нахождения консенсуса большинством, или хотя бы наиболее разумными, не вполне могут справиться.

Первое возражение связано с тем, что теория общих мест исходит из согласия мудрых — всех, либо большинства, либо самых известных из них — относительно некоторых общих положений, являющихся основой консенсуса. Однако встает вопрос, кого следует считать «мудрым» или «наиболее известным» из мудрых? Платон в диалоге «Федра» писал о том, что настоящая риторика, достойная философии, должна иметь силу убедить самих богов. Однако найти людей, равных по разуму

[1]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning..., p. 326.
[2]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning..., p. 335.



богам, не так уж просто. Попытки Перельмана заменить платоновских богов на «универсальную аудиторию» или на «всех разумных существ», способных подвергаться убеждающему воздействию риторики, не очень помогают в поисках ответа на этот вопрос, ведь сам Перельман пишет о том, что такая аудитория «исторически и социально обусловлена», а следовательно меняется от группы к группе, от поколения к поколению. Решения, принятые такой аудиторией, всегда будут неоднозначны, проблематичны и оспариваемы. В то же время, судья обязан вынести решение, которое положит конец тяжбе, ведь именно этого от него ожидают стороны. Эта необходимость принятия окончательного заключения отличает правовую аргументацию как вид риторической аргументации от аргументации в философии.

Ограниченная польза топического подхода для судей, по мнению Стоуна, состоит также в том, что способы аргументации, разрабатываемые неориторикой, «не являются существенно отличными от тех, которые судьи при прецедентном праве уже применяют в действительности на протяжении многих поколений».[1] Так что неориторика может только облегчить подготовку юристов в области терминологии и анализа прецедентов, но не может снабдить участников судебного процесса новыми средствами для преодоления существующих недостатков. «В конечном итоге, мы продолжаем зависеть от нашей способности размышлять, воспринимать и трансформировать то, что мы восприняли, в живые образы и энергию. Когда мы стремимся идентифицировать topoi, на которых могла бы основываться риторическая аргументация, мы должны сначала установить точки согласия между мудрыми, а для этого мы должны сначала уметь распознать, кто является «мудрым», и что мудрость означает в конкретных делах. Эта мудрость, которая всегда была руководящим, сдерживающим и оценочным ядром хорошего суждения, в неориторике остается предпосылкой столь же неосязаемой и смутной, как и в аргументации адвокатов и судей».[2]

Принимая во внимание верные замечания, сделанные Стоуном, заметим все же, что, несмотря на «неосязаемый» характер человеческой мудрости и рассудительности, всё же существует нечто, позволяющее нам отличать хорошее от плохого, справедливое от несправедливого, прекрасное от безобразного. «Точки согласия между мудрыми», конечно же, не содержатся в виде перечня в каком-либо особом документе, имеющем, подобно конституции, общеобязательный характер, однако это не означает, что они не существуют и что такой перечень — более или

[1]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning..., p. 336.
[2]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning..., p. 337.

менее подробный — не может быть составлен. Что же касается права, то вопрос о том, кого следует считать «мудрым», в нем решен — «мудрыми» в силу своего статуса признаются судьи, которым доверено вершить судьбы людей в соответствии с писаными текстами права, своим представлением о справедливости и своей профессиональной рассудительностью. Однако для того, чтобы судья мог наилучшим образом выполнить возложенную на него миссию, необходимо, чтобы ни один из аспектов дела — ни один из топов — не остался неисследованным и неоцененным. Создать возможно более широкий каталог общих мест и для права в целом, и для каждой ее отрасли — одна из наиболее насущных задач юридической риторики.

Возврат интереса к топике отмечается и в России, прежде всего, в трудах филологов Ю.В. Рождественского, А.А. Волкова, И.В. Пешкова, В.Н. Марова.

Профессор **Ю.В. Рождественский** определяет общие места как «определенные области содержания, которые признаются всеми в данной аудитории как правильные и проверенные общественным опытом».[1] Это «естественные непререкаемые суждения, общепризнанные постулаты, которые кажутся естественными, и потому истинными».[2] Как «категории содержания речи, проверяемые всем историческим опытом людей и поэтому правильные» они отличаются от предрассудков — заблуждений, временно разделяемых большинством людей. Знание общих мест и умение их применять лежат в основе смысловой правильности изобретения речи. Создание же общих мест происходит в диалоге. Различные аудитории могут разделять одни и те же общие места, руководствуясь различными соображениями, т. е. воспринимать их как правильные по разным основаниям. Однако это не имеет решающего значения. Важно, что с ними все соглашаются и полагают их правильными. Таким образом, «общие места есть результат общественного договора», это «тексты, смысл которых служит объединению вокруг этого смысла других текстов с разной композицией».[3] Следовательно, «изучение общих мест... есть *нахождение ключевых текстов*, выдвигающих общие места, к которым по принципу общественного договора примыкают другие люди и создаваемые ими тексты...».[4]

Значение общих мест Ю.В. Рождественский видит в том, что «они являются средством установления речевой коммуникации, для которой

[1]) Рождественский Ю.В. Риторика Грозный, «Книга», 1992, с. 34.
[2]) Рождественский Ю.В. Теория риторики, М., «Добросвет», 1997, с. 518.
[3]) Рождественский Ю.В. Теория риторики, с. 519.
[4]) Рождественский Ю.В. Теория риторики, с. 520.



нужна смысловая общепонятность».[1] Об этом же писал в 1953 году Фивег: «Ибо если человеку не удалось достигнуть общих основ понимания для себя и своего партнера по коммуникации, по крайней мере в пределах определенной области, он не может привести единственных убеждающих доказательств». Таким образом, «topoi и каталоги topoi в значительной мере выполняют функцию изначального установления определенного понимания... Задействованные topoi — не только специальные, но также и генеральные — в результате этого задают соответствующие поля, в пределах которых происходит аргументация и которые нельзя покинуть, если вы не хотите потерять ощущение правдоподобности аргументации».[2]

Ю.В. Рождественский пишет, что, поскольку общие места являются результатом познавательной деятельности человечества, они развиваются вместе с развитием знания. Из этого следует также, что общие места бывают как основные, то есть не зависящие от вида словесности, так и дополнительные, принятые только в определенном виде словесности.[3]

Общие места самого общего типа — так называемые **генеральные общие места** — содержатся в пословицах и поговорках. Это неудивительно, так как в пословицах и поговорках находят свое выражение состав ценностей и их иерархия, характерные для той или иной культуры. В одной из последних книг — «Теория риторики» — Ю.В. Рождественский использует для данного типа общих мест другой, более удачный термин — «*повсеместно принятые общие места*». Их отличает то, что они выработаны практикой и поддержаны авторитетными текстами (как устными, так и письменными): «Повсеместно принятые общие места всегда имеют авторитетные тексты, в которых общие места фиксированы текстуально как аксиомы и которые используются как источник изобретения и доказательства в других текстах».[4] Состав повсеместно принятых общих мест меняется с изменением вида словесности. Так, дописьменная устная речевая практика, рукописная речь, печатная словесность, средства массовой коммуникации будут иметь каждая свой состав общих мест, обусловленный культурно-исторической системой.

**Дополнительные общие места** применяются в текстах с определенным смысловым содержанием. Важно отметить, что «совокупность таких дополнительных общих мест в области науки, по выражению

[1]) Рождественский Ю.В. Риторика, Грозный, 1992, с. 35.
[2]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 29–30.
[3]) Рождественский. Риторика. Грозный, 1992, с. 34.
[4]) Ю.В.Рождественский. Теория риторики..., с. 424.

А.И. Коршунова, есть образ научного предмета. Развитие общих мест есть итог познавательной деятельности».[1] Общие места определенной отрасли знания есть смысловые связи между категориями, лежащими в ее основе. Ю.В. Рождественский предлагает также выделять *частные общие места*: «Частные общие места складываются в малых сообществах, коллективах, имеющих общие интересы и традиции преследования этих интересов. Примером частных общих мест могут служить некоторые семейные представления, например, касающиеся пищи...».[2]

По мнению Ю.В. Рождественского, «психологически общее место не является сознаваемым рационально», а «используется для доказательства, опровержения и изобретения как данность».[3] Сделаем вывод, что именно эта «неосознаваемость «является причиной того, что общие места воспринимаются зачастую как «иллюзорные категории» (Джулиус Стоун), а не как «дисциплинирующие правила» (Оуэн М. Фисс) и не как «структура ограничений» (Стэнли Фиш), накладываемых на толкование текста права.

В отличие от профессора Рождественского, **А.А. Волков** рассматривает концепцию общих мест не в связи с родами и видами словесности, а в контексте теории риторической аргументации. Он определяет топ (топос) как общую идею, к которой приводится обсуждаемое положение и на основе которой строится аргумент.[4] Топ может быть выражен в различных формах (правовой нормы, философской максимы, научного положения, религиозной догмы, паремии и т. д.), но в каждом произведении общий топос превращается в частный. Содержание топа определяется соотношением «двух ценностных категорий, которые в составе соотношения совместно образуют сложное именование, каждый член которого может быть субъектом или предикатом ценностного суждения: «закон / благодать», «свобода /предопределение», «знание / успех», «богатство /свобода», «закон / справедливость» и т. п.».[5] Эти пары категорий выступают как смысловые единства, которые служат отправными точками мысли.[6] Подобные пары категорий А.А. Волков называет «внешними топосами», поскольку они являются общепринятыми и их смысловая значимость не подвергается сомнению. В совокупности такие понятия являются ключевыми словами культуры и образуют сложную, иерархически организованную систему. Автор обращает внимание на то, что эта система пока изучена недостаточно.

1) Ю.В.Рождественский. Теория риторики..., с. 35.
2) Ю.В.Рождественский. Теория риторики..., с. 423.
3) Ю.В.Рождественский. Теория риторики..., с. 428.
4) Волков А.А. Основы русской риторики. М., 1996, Изд-во филологич. Ф-та МГУ, с. 44.
5) Волков А.А. Строение и смысл риторического аргумента. — Риторика, №1, 1995, с. 15.
6) Волков А.А. Основы русской риторики..., с. 45.



Другая же сторона топоса, по мысли А.А. Волкова, — это способ отношения категорий: часть и целое, род и вид, большее и меньшее, подобное, противоположное, действие и претерпевание, средство и цель, место, время, личность и действие, способ. Сами соотносящиеся категории он называет внешними топосами, а способы соотношения — внутренними топосами. И внутренние, и внешние топосы «образуют костяк культурной традиции и без них невозможно ни создание новой аргументации, ни понимание произведений словесности...».[1]

Возвращение к топике наблюдается не только среди филологов, но и среди философов — специалистов по модальным и интенсиональным логикам. Так, **З.И. Микеладзе** исходит из того, что предмет изучения в топике у Аристотеля — не какие-либо ценности (этической, эстетической или иной природы), а само их *диалогическое обобщение*. Исследователь справедливо обращает внимание на то, что диалоги Платона изучаются в «Топике» именно как образцы диалогических рассуждений, — и на их основе определяется состав диалогического рассуждения, состоящего из: а) главной проблемы; б) четырех подпроблем (organa), которые мы рассматриваем далее как операции над семантикой слов; в) набора правил для выводов; г) стратегии, избранной вопрошающим; д) стратегии, выбранной отвечающим. Это позволяет автору говорить о топе как о «методологеме методологии диалогики».[2]

Как мы видим, единства во взглядах на определение, природу, функцию, возможность создания каталога топов и, тем более, на состав возможного каталога, не существует. Топ определяется и как общее место, и как проблема, и как тема, и как правило умозаключения, и как методологема в методологии познания. Ни Аристотель, ни многие его последователи не указывали в каждом конкретном случае, о каком аспекте топов, или общих мест, они вели речь в той или иной части своих исследований. Это привело к тому, что само понятие «общего места» стало в риторике достаточно расплывчатым и неопределенным. «Термин loci, — отмечает Ричард Лэнхэм, — строго говоря,

1) Волков А.А. Строение и смысл риторического аргумента..., с. 18.
2) Микеладзе З.Н. Об аристотелевом понятии топа (topos)// Модальные и интенсиональные логики. — М.: АН СССР, 1978, с. 100.

имеет два перекрещивающихся значения: общеизвестные замечания и общие *источники* аргументов. Любые каталоги риторических общих мест... всегда были обзором вещей, которые люди обычно считают убедительными, и способов, которые приводят к убедительным результатам».[1]

Мы же определим топику, в соответствии с традицией Аристотеля, как **способ исследования любой проблемы посредством нахождения всех возможных доводов «за» и «против» из числа правдоподобных или тех, что вероятно будут приняты (всеми или наиболее авторитетными в данной области), в результате обсуждения которых оцениваются различные точки зрения и принимается обоснованное решение**, а топ (или общее место) — как **разделяемое всеми, большинством или определенным сообществом мнение или воззрение, которое не требует доказательства и в силу этого может быть положено в основу аргументации**.

Именно такое определение топа свойственно риторике и теории аргументации.

В свое время Перельман и Ольбрехт-тытека заметили, что «было бы интересно перечислить, применительно к разным временам и разным кругам, те общие места (loci), которые являлись бы наиболее общепринятыми, или, по крайней мере, воспринимались бы аудиторией в соответствии с замыслом говорящего. Это было бы задачей, требующей значительной интуиции, поскольку общие места (loci) как не подлежащие обсужденю используются, не будучи эксплицитно выраженными.[2]

Следовательно, встает непростой вопрос: где и как мы должны искать общие места (топы) для того, чтобы составить их каталог? Прежде всего, следует определить, какого типа общие места мы собираемся исследовать. Мы помним, что Аристотель разделил их на два типа: топы, относящиеся к какой-либо частной науке, и топы, полезные для поиска аргументов по любому предмету. Риторы неоднократно предпринимали попытки составить каталоги как общих, так и частных топов, но исчерпывающего каталога так и не создали. Невозможность перечислить общие места полностью возникает не только из-за их количества, но и из-за того, что нельзя провести четкую грань между тем, что считать общими местами, и тем, что является «соглашениями о ценностях и иерархиях».[3]

[1]) Lanham, Richard A. A Handlist of Rhetorical Terms. Second ed., University of California Press, p. 152; Burke, Kenneth. A Rhetoric of Motives, Berkley and Los Angeles: University of California Press, 1969, p. 56.

[2]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric, p. 95–96.

[3]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric, p. 95.



Категорию *соглашений* вводят авторы неориторики. К ней они относят мнения и убеждения, «являющиеся специфичными для представителей конкретной отрасли знания, научной или технической, юридической или теологической... Подобные соглашения составляют корпус науки или техники. Они могут являться результатом определенных конвенций или приверженности к определенным текстам, и они характеризуют определенные виды аудиторий».[1] В отличие от общих мест, основанных на здравом смысле, т. е. на мнениях и убеждениях, которые разделяются любым членом данного общества и которые, как представляется авторам, должно разделять любое разумное существо, соглашения полностью зависят от типа аудитории, которая является частной и конвенциональной. Такая аудитория использует свой собственный язык (символы, терминологию), и стать ее членом можно только определенным способом (поступление в вуз, наличие специальной подготовки и т. п.). Изучение общих мест конкретных наук (в том числе *соглашений*) не входило в задачу авторов неориторики. Но совершенно очевидно то, что вводимая ими категория соглашений ничем не отличается от аристотелевсеих «топов частных наук» или «общих мест конкретной дициплины» Фивега.

**Теодора Фивега**, как раз, интересуют не только и не столько топы, которые универсально применимы, сколько те, что существуют для одной конкретной дисциплины — юриспруденции.[2] Фивег ссылается на юриста **Маттея Грибальда Мофу** как на автора, впервые попытавшегося вывести каталог общих мест, специфичных именно для права. В главе III книги De methodo ac ratione studendi libri tres (издания 1541 года) Мофа в алфавитном порядке дает список этих общих мест, взяв их из Corpus Iuris — Свода римского гражданского права.[3] В то же время современные исследования[4] показывают, что развитие правовой топики началось несколько ранее, и уже в 1507 году преподаватель факультета права Болонского университета **П.А. Гаммарус (1480–1528)** написал труд под названием «Legales dialectica, in qua de modo argumentandi et locus argumentorum legaliter disputatur» («Юридическая диалектика, в которой юридические способ доказывания и место нахождения доказательств обсуждаются»), а в 1516 году **Н. Фон Еверардус (1462–1532)** опубликовал книгу «Topicorum seu locorum legalium opus de

[1]) Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric, p. 99.

[2]) Viehweg, Theodor. Topics and Law, p. 24.

[3]) Mopha, Matthaeus Gribaldus (Matteo Gribaldi). De methodo ac ratione studendi. — Lugduni: A. Vincentius, 1541.

[4]) Krawietz Werner, Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. — Sprachphilosophie, 2. Halbband, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996, p. 1478.

inventione et argumantatione» («Сочинение об изобретении и доказывании топов или мест юридических»), ставшую позднее известной как «Loci argumentorum legales» («Общие места аргументации в праве»).

Фивег замечает, что топический метод, в отличие от дедуктивного, не может ограничиваться каталогом общих мест, взятых исключительно из свода законов — он непременно включает также общие места, выведенные из наиболее распространенных и проверенных взглядов, существующих в юриспруденции, которые привлекаются при обсуждении и разрешении проблем. Знание этих топов позволяет располагать своего рода репертуаром средств, облегчающих изобретение аргументов. В своем исследовании Фивег исходит из того, что «функция общих мест..., независимо от того, являются ли они общими или специальными, — служить обсуждению проблем. [...] Значимость топов (topoi), которые приходят нам на помощь, зависит от характера проблемы... поскольку именно от конкретной проблемы зависит, будут они выступать как пригодные или как непригодные в нашем постоянно меняющемся понимании. Функционально они должны пониматься как возможности для ориентации и как направляющие для мыслительной деятельности».[1]

Подведем некоторые итоги.

Общая риторика — это наука о том, «как мысль по всей полноте своего развития выражается в речи» (К. Зеленецкий), а топика — раздел риторики, посвященный изобретению мыслей и нахождению аргументов.

Термин «общее место» (топ, топос) в своем исходном значении, идущем от Аристотеля и Цицерона, обозначает не избитую тему, не нахождение новой словесной формы для уже известного знания (т. е. способ распространения и украшения мыслей), а обозначает «место, где хранятся аргументы».

Существует различие между общими местами как отправными пунктами аргументации, «ориентирами в топографии аргументации», «местами в голове, где хранятся и откуда черпаются аргументы» (внешними топами) и видами аргументов (внутренними топами).

Общим местом как «отправным пунктом аргументации» может быть: а) то, о чем уже договорились участники спора и что может служить, в силу этой договоренности, исходной точкой для достижения согласия, б) общий термин или общераспространенное понятие (например, «справедливость»), в) общепризнанная данным обществом ценность (религия, собственность, долг, обязанность, свобода и т. д.).

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 26.



Общая риторика изучает топы, свойственные всем видам речи, частная риторика — топы, свойственные той или иной дициплине; различные виды прозаических сочинений и жанры деловой прозы различаются между собой присущей только им одним системой общих мест.

Общие места выстраиваются в иерархию как в пределах данной культуры, так и внутри любой отрасли знания; создание иерархии общих мест для конкретной отрасли знания есть одновременно формирование тезауруса этой отрасли знания и включение данной отрасли знания в контекст культуры общества.

Существуют общие места, свойственные всем наукам и не зависящие от типа аудитории — **повсеместно принятые**, или генеральные; существуют также общие места, характерные для определенной отрасли знания или определенной аудитории — их называют **специальными**, частными или дополнительными общими местами.[1]

Повсеместно принятые (генеральные) общие места могут классифицироваться как по логическим основаниям (выстраиваться в виде категорий сущности, количества, качества, отношения, места, времени, претерпевания, обладания, действия[2] и т. п.), так и по гносеологическим основаниям (представлять собой логико-тематические, или предметные, разряды). Их можно расссматривать также как ценности и презумпции, существующие в обществе (Перельман). В любом случае, повсеместно принятые общие места — это то, что принимается любой аудиторией без обсуждения.

Повсеместно принятые общие места будут управлять правовой аргументацией, как и любой другой. Помимо общих мест этого типа, право будет иметь и свои специальные, или профессиональные, общие места (так называемые общие топы права). Они будут включать, прежде всего, нормы права, максимы и принципы права, а также общепризнанные каноны толкования. С семантической точки зрения к общим местам этого типа следует отнести и термины права, выстроенные в виде тезауруса. Соответственно, каждая отрасль права будет иметь свойственные только ей общие места («необходимая оборона», «причастность / непричастность», «смягчающее /отягчающее обстоятельство», «вина», «субъект преступления», «наказание» — в уголов-

[1]) Впрочем, Х.Перельман и Л.Ольбрехт-тытека считают, что «loci являются основой соглашения только в частной аудитории», а в универсальной аудитории соглашение диктуют факты, истины и презумпции. — «The New Rhetoric: Treatise on Argumentation...», p. 179. В отличие от Перельмана, я включаю общепризнанные факты, истины и презумпции в loci (общие места), так что это противоречие снимается.

[2]) Приведены 10 категорий Аристотеля.

ном праве, «вред», «доверие», «полномочие», «убытки» — в гражданском праве, «суверенитет», правительство» — в конституционном праве и т. д.). Эти частные общие места — основополагающие термины тезауруса той или иной отрасли права.

Таким образом, юридическая топика будет иметь иерархический характер.

Использование тех или иных видов топов связано с задачей, которую ставит перед собой аргументирующий. Выбор топов будет различным у адвоката, защищающего клиента, и у судьи, мотивирующего решение, вынесенное по делу. Следовательно, конкретные топы будут зависеть также от типа аудитории и целей аргументации.

Топика как учение об общих местах находится в самом центре основополагающего принципа правосудия: для того, чтобы суд был справедливым, необходимо выслушать все стороны и принять во внимание все возможные точки зрения, а это значит рассмотреть все относящиеся к делу топы.

## 1.3. Риторическая герменевтика, или как найти «безопасные правила, которые позволяют нам двигаться по опасному пути»

Мысль том, что правосудие как деятельность по разрешению правовых споров посредством вынесения судебного решения — это интерпретативная деятельность, не является оригинальной и новой. Один из популярнейших философов права современности Рональд Дворкин прямо заявляет: «...Я утверждаю, что правовая практика — это упражнение в интерпретации не только тогда, когда юристы интерпретируют конкретные документы или статуты, но и в целом... Я предполагаю, что мы можем улучшить наше понимание права, сравнивая правовую интерпретацию с интерпретацией в других областях знания, особенно в литературе. Я также ожидаю, что право, когда мы его поймем лучше, позволит лучше понять, что такое есть интерпретация в целом».[1]

Термин «интерпретация» употребляется в правовой науке как синонимичный термину «толкование», хотя последний является более привычным для российских юристов.

Юристы признают, что право поддается толкованию, но в большинстве случаев считают, что потребность в толковании возникает только в некоторых критических случаях, когда термины закона неясны или предложение двусмысленно, и хотя мысль, высказанная Дворкиным,

[1]) Dworkin, Ronald. Law as Interpretation // Texas Law Review, vol. 60:527, 1982; Legal Reasoning, vol. II, ed. Aulis Aarnio, D.Neil MacCormic: Dartmouth.



тоже является распространенной, она пока не стала главенствующей. При любом подходе юристы в большинстве случаев сходятся во мнении, что интерпретация (толкование) правового документа — это нахождение того смысла, который его авторы (будь то законодатели, делегаты, депутаты, стороны договора) имели в виду, употребляя именно те слова, которые они включили в текст. Например, Спасов писал, что «толкование ... есть выяснение смысла существующей правовой нормы...»;[1] об этом же писал и С.С. Алексеев, который понимал под толкованием «определенный мыслительный процесс, направленный на установление смысла (содержания) норм права»[2] и т. п.

Итак, юристу неизбежно приходится сталкиваться с самой первой проблемой герменевтики — проблемой смысла слов. В то же время подход юристов к ее решению имеет свои особенности.

Прежде всего, вряд ли можно считать удовлетворительным данное ими определение толкования. Что значит «установить смысл» нормы? Должны ли мы исходить из презумпции, что существует некий объективный смысл, независимый от толкователя, а толкователь лишь обнаруживает этот скрытый смысл? Должны ли мы при поиске смысла исходить исключительно из словесного выражения нормы или должны к тому же принимать во внимание какие-то экстралингвистические факторы, и если да, то какие? Довольно распространенной является точка зрения, что правовой текст по определению имеет некоторое объективное содержание, независимое ни от воли толкователя, ни от политический обстановки в обществе. Однако эта истина скорее принимается как данное, чем доказывается. Но верно ли, что толкование представляет собой лишь коррекцию нашего представления о том, что уже заключено в правовой норме? Содержащаяся в текстах судебных решений интерпретация правовой нормы убедительно показывает, что не существует единого критерия, позволяющего со стопроцентной точностью определить раз и навсегда содержание нормы права. Любой закон требует толкования при его применении, и вряд ли существуют законы, которые не содержат в себе потенциальную возможность разночтений. Отсюда возникает вопрос: а является ли вообще содержание текста нормы права чем-то объективным?

В настоящее время подход российских ученых к толкованию в праве обнаруживает известное сходство с каноническим толкованием библейских текстов. Параллель между этими двумя видами текстов подмечена давно. Как писал Е.Д. Хирш, традиционные «герменевтические теории

[1]) Б.Спасов, Закон и его толкование. М., Юридическая литература, 1985. с.163.
[2]) «Проблемы теории государства и права», под ред. С.С.Алексеева, М., Юридическая литература, с. 395

были ограничены почти исключительно двумя областями, в которых правильная интерпретация была делом жизни и смерти (или Рая и Ада) — изучением священных текстов и изучением текстов права».[1] Так же, как и в случае с библейскими текстами, толкование нормативных текстов предполагает догматическую правильность и строгое соответствие установленным канонам. Однако если библейская герменевтика выработала на протяжении своего многовекового существования совокупность правил и понятий, приспособленных для нахождения *подлинного* смысла Писания, то юриспруденция в большинстве стран таких правил в настоящее время не имеет. В то же время именно юристы обратили внимание на то, что толкование необходимо при чтении абсолютно любого текста, казалось бы самого ясного и простого. Ведь даже положение о том, что президенту должно исполниться не менее 35 лет, кажется недвусмысленным только до тех пор, пока мы исходим из того, что надо пользоваться при исчислении его возраста григорианским календарем.[2]

Чаще всего необходимость в интерпретации нормы права объяснялась следующими причинами: лингвистическими просчетами (неясностью); противоречивостью норм различных статутов (коллизией норм); намеренной неясностью со стороны законодателя (при использовании таких оценочных терминов как «разумные пределы», «значительный ущерб», «общественный порядок», «принять необходимые меры», «с учетом конкретных обстоятельств», «женщина детородного возраста»); противоречием закона и моральной нормы; пробелами в праве (отсутствием нормы).

Эти причины, безусловно, требуют обращения к интерпретации, однако по большому счету необходимость в интерпретации правовых текстов связана отнюдь не с недостаточной ясностью языка нормы или иного отрывка юридического текста, как это часто утверждалось, а с разнообразием ситуаций, разрешаемых правом. Как было верно подмечено, «необходимость толкования вытекает из диалектики соотношения норм права и ситуации, в которой она применяется. Норма права носит общий и абстрактный характер, ситуация, напротив, конкретна. Разнообразие ситуаций порождает разнообразие вопросов юридического характера, ответ на которые призвано дать толкование».[3] Следует до-

[1]) Hirsch E.D., Jr. The Aims of Interpretation. — Chicago: University of Chocago Press, 1972. — p. 19–20.

[2]) Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Edited by Sanford Levinson and Steven Mailloux. Northwestern University Press, Evanston, IL, p. x

[3]) «Проблемы теории государства и права», под ред. С.С. Алексеева, М., Юридическая литература, с. 395.



бавить, что задача толкования в праве — реализовать чувство справедливости при применении абстрактного текста в конкретной ситуации.[1]

Именно поэтому Р. Дворкин предостерегает от рассмотрения интерпретации в праве как деятельности sui generis: «Мы должны, — пишет он, — изучать интерпретацию как деятельность в целом, т. е. как способ познания, обращаясь к другим контекстам этой деятельности».[2]

Чтобы найти баланс между застывшим текстом права и живой моралью и одновременно избежать излишней субъективности при выборе решения, юристы выработали ряд способов и правил толкования. Наиболее часто упоминаются следующие: языковой (или грамматический), исторический, систематический, функциональный, логический, телеологический (целевой), социально-юридический, систематический. Кроме того, выделяют два основных подхода к толкованию: статический (оригинализм, судебный пассивизм) и динамический (судебный активизм). Статический подход исходит из стабильности и определенности права как основной ценности: «Ориентируясь на нее, интерпретатор не должен корректировать, изменять смысл закона, он должен установить тот смысл, который придал ему законодатель. При динамическом подходе интерпретатор стремится максимально приблизить закон к жизни, в необходимых случаях приспосабливая и корректируя его».[3]

В то же время само по себе описание возможных способов толкования не дает ответа на вопрос, к какому из этих способов следует прибегать в каждом конкретном случае и почему. Вероятно, ответ на этот вопрос следует искать за пределами герменевтического подхода. Можно предположить, что помощь в его решении окажет риторика.

Начнем с того, что описание способов толкования законодательных текстов первоначально проводилось риторами, ибо любые рекомендации по написанию судебных речей неизбежно должны были включать советы о том, как следует анализировать законодательный текст в наиболее выгодном для стороны свете.

Уже в трактате Аристотеля «Топика» мы находим важные замечания о последовательности, в которой необходимо анализировать текст для того, чтобы правильно оценить его содержание, и получаем основ-

[1]) См. подробнее об этом у Савиньи в: Savigny, Eike von. Topik und Axiomatik: eine verfehtle Alternative. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 59 (1973): 249–254.

[2]) Dworkin, Ronald. Law as Interpretation // Legal Reasoning, vol. II, ed. by Aulis Aarnio, D.Neil Maccormic: Dortmouth. — p. 529.

[3]) Проблемы теории государства и права. Под ред. С.С.Алексеева. М., Юридическая литература, с. 397.

ные операции над семантикой слов. Чтобы прийти к правильным выводам, Аристотель предлагает обратиться к помощи четырех важных средств (organa): а) нахождение и принятие положений; б) дифференциация многозначности имен («умение разбирать, в скольких значениях употребляется каждое имя»); в) нахождение различий; г) рассмотрение сходства.[1]

Для рассмотрения любого вопроса следует установить всю совокупность различных положений о нем, «а именно следует приводить или мнения всех, или большинства, или мнения мудрых — всех, либо большинства, либо самых известных из них, а также мнения, не противные кажущимся правдоподобными, а также мнения, согласующиеся с искусствами»; кроме того, следует учитывать «мнения, противоречащие мнениям, которые противоположны кажущимся правдоподобными»; положения не только правдоподобные, но и сходные с выражающими правдоподобие; «все то, что бывает во всех или в большинстве случаев»; положения из сочинений известных философов и «всё то, что бывает во всех или в большинстве случаев».[2] В общих чертах все эти виды положений и проблем могут быть сведены, по мысли Аристотеля, к трем главным типам: касающиеся *нравственности*, касающиеся *природы*, построенные на *рассуждении*.

Для различения многозначности имен следует рассмотреть разные значения понятий и обосновать их (например, что такое благо: справедливость или здоровье, и почему выбирается именно то, а не иное толкование).

Должны быть также исследованы «различия между вещами, принадлежащими к одному и тому же роду» (например, чем различаются справедливость и мужество, рассудительность и умеренность, принадлежащие все к одному роду — добродетели) или «принадлежащие к родам, расстояние между которыми не очень велико» (например, чем отличается чувственное восприятие от знания).[3]

Что же касается сходства, то его «следует выявлять в принадлежащем к разным родам таким образом: как одно относится к одному, так и другое к другому», например, «как зрение находится в глазу, так и ум — в душе».[4]

Как мы видим, предложенные Аристотелем четыре способа прихождения к правильным выводам в результате нахождения всех релевантных посылок (organa) практически являются основными способами толкования текста, а топический метод анализа текста выполняет герменевтические задачи.

[1]) Аристотель. Топика. — Аристотель, соч. в 4-х тт., т. 2, М., «Мысль», 1978, сс. 362–372.

[2]) Аристотель. Топика. — Там же, с. 363.

[3]) Аристотель. Топика. — Там же, с. 370.

[4]) Аристотель. Топика. — Там же, с. 370.



Но наиболее серьезные попытки создать теорию толкования текста мы встречаем у авторов, разработавших риторическую доктрину статусов (στασις, лат. status, constitutio). Рассмотрение дела по статусам — попытка формализовать интерпретацию текста, или определить поле, в котором будет развертываться аргументация и осуществляться выбор решения.

В «Топике» Цицерон подробно останавливается на этой доктрине, указывая на ее важную роль в римской практике уголовных судебных доказательств, и пытается применить ее к совещательной, эпидейктической и, наконец, судебной интерпретации.[1]

Доктрина статусов разрабатывается им также в «Ораторе». Цицерон выделяет три вида: статус установления (status conjecturalis), статус определения (status definitivus) и статус оценки (status qualitativus). Они связаны с вопросами: совершено ли действие, что это за действие, было ли оно справедливо, было ли оно плохим или хорошим? Впрочем, в трактате «De inventione rhetorica» — «О риторическом изобретении» (переведенном на русский язык под названием «О нахождении материала») он прибавляет еще один статус — правный (status legalis), связанный с вопросами компетенции. К правному статусу он относил также все вопросы, связанные с буквой закона, смысловым значением нормы права и намерением законодателя, такие как, например, коллизия правовых норм (антиномия), металепсис (вопрос о компетенции), силлогизм, амфиболия (двусмысленность). Юношеская работа Цицерона «О риторическом изобретении» использовалась юристами, когда они искали ответ на вопрос, какой же трактовке текста закона следует придать юридическую силу.

Цицерон считал, что статус надо искать в первом аргументе, приведенном противоположной стороной в свою защиту: «Так как опровержение обвинения, содержащее отрицание вины, называется по-гречески στασις, то по-латыни мы можем назвать его «постановка» (status); это — исходная точка, на которой стоит защита, готовясь к ответному нападению».[2] Квинтилиан не вполне согласен с такой точкой зрения: по его мнению, статус может брать свое начало как у защиты, так и у обвинения. Например, если обвинитель утверждает, что обвиняемый убил человека, а сам обвиняемый отрицает этот факт, то именно обви-

[1]) Cicero, Topica..., c. 273.

[2]) Цицерон, Топика..., с. 79.

няемый будет определять статус дела. Если же обвиняемый признает, что убил человека, но совершил убийство правомерно и по существующему закону не подлежит наказанию, то судебного конфликта не будет, если только обвинитель не найдет, что сказать ему в ответ. Если обвинитель ответит, что основы для убийства не существовало или она была только мнимой, то статус дела будет проистекать из отрицания фактов и определяться обвинителем.

Наиболее полное освещение доктрина статусов нашла в трактате Квинтилиана «Институции» («Institutio Oratorio»). Квинтилиан исходит из того, что статус — это основное положение, на котором строится каждое спорное дело (causa).

В «Институциях» дается подробный разбор существовавших на тот момент теорий статусов, большинство из которых были разработаны именно применительно к разрешению юридических споров и включали в себя как вопросы установления фактов, так и вопросы компетенции (имеет ли данное лицо право на обращение в суд, имеет ли право на обращение по такому делу и в такой-то форме, против такого-то и т. п.). Статусы, относящиеся к правовым спорам, называли иногда практическими или прагматическими, как это делал, например, Гермагор.[1] Он же первым выделил и статус *компетенции*. Всего же Гермагор выделял пять видов правовых вопросов: первый связан с буквой закона и волей законодателя, он включает два типа: писанный и общеупотребительный закон и писанный, но неупотребляемый. Другими видами являются соответственно: рациоцинация (приведение доводов самому себе с целью укрепиться в собственном мнении), двусмысленность закона и коллизия (взаимное противоречие) законов. Альбициус, опять же по ссылке Квинтилиана, использовал вместо термина «статус компетенции» термин «юридический статус». Корнелий Цельс включал вопросы толкования текста права в статус оценки, выделяя в нем такие подвиды как *факт* и *буква закона*. Буква закона, в свою очередь, включает у него такие классы как *Двусмысленность*, *Противоречие в Законах*, *Силлогизм*. Некоторые авторы включали сюда также *Намерение законодателя*.

Количество статусов, их названия и принципы их выделения различаются у разных авторов, однако в любом случае они были соотносимы с общими местами. Квинтилиан прямо пишет, что из десяти категорий Аристотеля четыре — сущность, оценка (качество), количество и срав-

[1]) Интересно заметить, что греки называли прагматиками (πραγματικι) толкователей законов (iuris interpretes).



нение — можно считать статусами, а остальные являются местами для нахождения аргументов (loci argumentorum).

Квинтилиан выделял три вида рациональных статусов: статусы установления, статусы определения и статусы оценки.[1] *Статус установления* связан с ответом на вопрос, было ли что-то сделано, имело ли место деяние. *Статус определения* — что это было за деяние. Он может включать в себя иногда также общий вопрос о терминах, например: является ли святотатством или обычной кражей кража денег у частного лица из кармана, совершенная в церкви? К нему же относятся вопросы *коллизии (столкновения) законов* и большинство вопросов, связанных с толкованием *буквы закона* и *намерения законодателя*. *Статус оценки* используется, когда надо решить, каково это деяние по природе. Например, «Гораций совершил преступление, поскольку убил свою сестру» — «Он не совершил преступления, так как его долгом было убить ее за оплакивание смерти врага». Основной вопрос здесь состоит в том, оправдывает ли данная причина убийство, и статусом дела будет статус оценки.

Дело может защищаться или опровергаться с помощью разных аргументов, но решение, как правило, основывается на одном, признанном самым веским — и «соответственно статусом дела будет то, что оратор посчитает наиболее важным для себя заявить и на чем судья решит сосредоточить все свое внимание; ибо в этом состоит все дело».[2]

Одно время Квинтилиан добавлял к трем основным, рациональным, статусам еще и *правовой* статус, однако в дальнейшем отказался выделять его. К отказу от выделения правового статуса как отдельного вида Квинтилиан приходит следующим образом. Любой диспут вращается вокруг трех основных вопросов: было ли, что было и каково по природе то, что было? Этим трем типам вопросов соответствуют три вида статусов, и любое судебное дело может быть рассмотрено с их помощью. Так, защитник может избрать как довод отрицание обвинения. Далее идет утверждение того, что инкриминируемое деяние никогда не было совершено. Третий способ — доказать, что деяние было правомерным. Если же ни один из этих способов не подходит к конкретному случаю, остается последний вид защиты — привлечь сам текст закона и попытаться доказать, что обвинение выдвинуто неправомерно.

*Правовой статус*, как считалось, включал пять видов вопросов: 1) связанные с буквой закона и намерением законодателя, 2) конфлик-

[1]) Quintilianus, Marcus Fabius. The Institutio Oratoria of Quintilian. London, 1958, vol. I, p. 408–409.

[2]) Quintilianus, Marcus Fabius. The Institutio Oratoria..., p. 413.

тующие законы, 3) силлогизм, 4) двусмысленность, 5) компетенцию. Практически в каждом споре возникает формальный вопрос, имело ли лицо право обратиться в суд, или право судиться с этим человеком, или именно в этом суде, или в это именно время и т. д. Однако решение этого вопроса происходит **до** фактического разрешения дела, и вопрос, возникающие в связи с подсудностью дела или сроком, является, по сути, самостоятельным делом, и следовательно, на этой стадии будет представлять собой не вопрос компетенции, а вопрос факта: имеет ли конкретное лицо полномочия представлять данного истца, или является ли сумма долга настолько большой, что дело подсудно не претору, а консулу.

«Правовые вопросы, — пишет Квинтилиан, — имеют различные виды, поскольку существует много законов и они имеют различные формы. Когда мы имеем дело с законом, иногда мы исходим из его буквы, иногда — из его духа, иногда — когда мы ничего подходящего найти не можем — к другому закону присоединяемся, иногда законы между собой сравниваем, иногда по-другому их интерпретируем. Таким образом, получается подобие трех основных статусов: иногда простых, иногда сложных, но имеющих свои особенности, — так, вопросы о *букве закона* и *воле законодателя* относятся, вне всякого сомнения, или к *установлению*, или к *оценке*; силлогизм максимально связан с *оценкой*; *противоречащие друг другу законы* составляют тот же статус, что и *буква и дух закона*, а *амфиболия* (двусмысленность) всегда к установлению относится. Определение охватывает оба типа вопросов, а именно вопросы *факта* и вопросы *буквы закона*. Однако всё это, хотя и подходит под три статуса, имеет, как я уже упоминал, определенные свойства, на которые стоит обратить внимание, и мы позволим себе назвать это *правовыми статусами* (status legalis), или статусами более низкого порядка (minora), имея в виду, что ни один из них не содержит иных вопросов, кроме трех, о которых говорилось».[1]

**Выбор статуса**, по Квинтилиану, — это **выбор линии аргументации в деле**. В зависимости от того, как оратор определит основную линию защиты или обвинения, осуществляется и поиск необходимых аргументов. Таким образом, мы можем сделать вывод, что сначала мы должны определить статус (статусы) дела, а затем обратиться к топам для поиска конкретных видов аргументов. В некоторых местах своей книги Квинтилиан определяет статус как центральный аргумент, определяющий решение судьи.[2]

---

[1]) Quintilianus, Marcus Fabius. The Institutio Oratoria..., p. 455.

[2]) Quintilianus, Marcus Fabius. The Institutio Oratoria..., p. 463.



Как мы видим, первоначально вопросы тлкования права были предметом риторики, а не юриспруденции, и рассматривались в рамках доктрины статусов, тесным образом связанной с топикой.[1] Дальнейшая разработка вопросов толкования законодательных текстов принадлежит средневековым глоссаторам — комментаторам права.

В случае текстуальных расхождений интерпретация шла следующим образом: противоречия в источниках давали повод сомнениям и ученым спорам. Для решения этих споров рекомендовалось применять следующие средства. Самое простое — субординация авторитетов. Если спорные тексты имели равное достоинство, то использовали проведение отличий и разделение. Эти средства определяли порядок, в соответствии с которым каждому отрывку текста приписывалась его собственная ограниченная область действия. Но «без созидательности или инвенции — т. е. без Топики — это вряд ли возможно. В этом отношении, такие генеральные риторические topoi как подобное и противоположное (similia, contraria) становятся наиболее значимыми».[2]

Понятие статуса как основы юридической аргументации позже вошло в обиход в англо-американской системе права в виде определения основного вопроса спора (issue). В самом деле, прежде чем приводить аргументы в споре, надо сформулировать его предмет. В настоящее время, правда, теории правового мышления и правового рассуждения уже утратили свою связь с теорией статусов, которой они обязаны

---

[1]) Риторическая доктрина статусов оказалась как бы генетическим мостиком между риторикой и римской юриспруденцией. По мнению Йоханнеса Стру, исследовавшего историческое взаимоотношение между римским правом и риторикой, риторическая теория интерпретации оказала значительное влияние на развитие доктрин толкования в праве. «Она служила для того, чтобы перевести перевести начальный конфликт (обычно уголовный) в состязательное дело для говорящих, где сначала отделяются обвинение и защита, а затем фактическая защита (status coniecturalis) от правовой защиты (status qualitatis). Если таким образом устанавливается статус дела (status causae), соревнующиеся друг с другом риторические схемы предоставляют точки зрения для нахождения доказательств. Для наших целей делá, в которых обсуждаются нормы права и их интерпретация, представляют особый интерес. Обычно приводятся четыре хорошо известных примера. Первый — это спор о том, что является решающим — буквальное толкование нормы права или так называемое намерение законодателя (reton kai dianoia, scriptum et voluntas или sententia); второй — коллизии права (antinomia, leges contrariae); третий — двусмысленность права (amphibolia, ambiguitas); четвертый — фрагментарный или неполный характер права (т.е. наличие в нем пробелов) (средства их исправить: syllogismos, ratiocinatio, collectio).» По мнению Стру, эта риторическая теория правовой интерпретации, основанная на ранних работах Цицерона, оказала значительное влияние на правовую интерпретацию (iuris interpretatio). См. об этом подробнее: Stroux, Johannes. Summum ius summa iniuria // Romische Rechtswissenschaft und Rhetoric, 7–80. Potsdam: E.Stichnote, 1949; Viehweg, Theodor. Topics and Law. 1993, p. 48.

[2]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 56.

своим появлением. Но рассмотрение топики как теории аргументации, с одной стороны, и как теории интерпретации текста, с другой стороны, является, по сути дела, лишь возвращением к тому взгляду на топику и ее роль в познании, который существовал с античности до средневековья.

Впрочем, и в более поздние времена к юристам приходило осознание того, что правовое рассуждение и связанная с ним интерпретация текстов права не могут обойтись ни без риторического, ни без герменевтического анализа, ибо оба этих подхода взаимосвязаны. Они помогают юристу ***интерпретируя понимать***.

В Америке слово *герменевтика* вошло в обиход в связи с исследованиями юридических текстов почти 150 лет назад, когда Францис Либер опубликовал в 1839 году книгу «Юридическая и политическая герменевтика или принципы интерпретации и толкования в праве и политике с комментариями прецедентов и авторитетных источников».[1] Поскольку Либер ясно осознавал ту опасность, которую таит в себе произвольная интерпретация текста, особенно в политике и в праве, он писал о том, что «мы должны как можно более настойчиво стремиться к тому, чтобы открыть ***безопасные правила, которые помогут нам двигаться по опасному пути*** (выделено мною — А.С.).[2] Однако ни Либер, ни другие последователи герменевтического подхода в праве не смогли дать ответа на вопрос, что следует считать «безопасными правилами» и можно ли их научно вычислить, а также не смогли определить, насколько эти правила зависимы от политической и других сфер общественной жизни.

В 19 веке интерес исследователей переключился с библейских и правовых текстов на исторические и литературные, но проблемы, которые были при этом поставлены, оставались актуальными и для исследователей текстов права. В частности, речь идет о таких традиционных герменевтических проблемах, как проблема смысла слов, замысла автора (намерения законодателя), цели создания текста, объективного и субъективного содержания текста.

**Фридрих Шлейермахер (1768-1834)** исходил из положения, что любое произведение словесности является фактом языка и фактом мышления и что «грамматическая интерпретация (понимание «что», интерпретация факта языка) и психологическая (понимание «как»,

[1]) Lieber, Francis. Legal and Political Hermeneutics or Principles of Inetrpretation and Construction in Law and Politics with Remarks on Precedents and Authorities. 3rd ed., St. Louis: F.H.Thomas, 1880.

[2]) Lieber, Francis ..., p. 53.



интерпретация факта мышления) полностью равнозначны».[1] Истолкование различных видов текстов — художественного, исторического, документного — будет отличаться по соотношению этих двух интерпретаций. Но если о текстах личных писем Шлейермахер пишет, что при их толковании будет превалировать психологический аспект интерпретации, поскольку они являются текстами в высшей степени субъективными, то ответа на вопрос, какой аспект будет превалировать при толковании законодательных текстов, у него даже не ставится. Похоже, он, как и многие другие исследователи до него и после него, вообще не принимал их в расчет. В то же время вопрос о том, является ли содержание текстов законодательных актов чем-то объективным, не может не волновать современного юриста. Какому из двух аспектов — грамматическому или психологическому — следует отдать предпочтение при толковании текста права, чтобы избежать пристрастности и полной непредсказуемости при решении правового спора? Герменевтика не может помочь, поскольку не может вычислить, каково соотношение объективного и субъективного в тексте нормы права. Ответ на этот вопрос может дать только риторическая топика, ибо для нее вопрос о соотношении субъективного и объективного начал в текстах не имеет абсолютно никакого значения при выборе типа интерпретации. Она исходит не столько из замысла и образа создателя текста («намерения законодателя»), сколько из конечной цели создания текста (в данном случае нормы права), т. е. из способности текста нормы урегулировать определенного рода общественные отношения. Топика предлагает многочисленные виды интерпретации, а то, какому из них следует отдать предпочтение, решает суд, руководствуясь отнюдь не лингвистическими или философскими соображениями, а соображениями целесообразности.

Шлейермахер видел основную задачу герменевтического метода в том, чтобы понять автора и его труд лучше, чем он сам понимал себя и свое творение. Казалось бы, раскрытие замысла автора литературного произведения соотносимо с раскрытием намерения законодателя для целей интерпретации текста закона, но исследование судебных решений выявляет предостаточно материала для критики этого положения. Привлечение юридических текстов дает совершенно новое направление размышлениям не только о том, насколько верными являются представления герменевтов о такой категории как «замысел автора», но и о том, насколько целесообразны и всегда ли нужны его поиски. Прежде, чем

[1]) Schleiermacher Fr. Werke. Auswahl in vier Bänden. B. 4. Berlin, 1911. Цит. по: Кузнецов В.Г. Герменевтика и гуманитарное познание. Изд-во Московского ун-та, 1991, с. 44.

искать «замысел», следует попытаться ответить на вопрос, существует ли он при создании *любого* текста, т. е. является ли он действительно необходимым элементом словесного творчества. Попытки найти замысел автора — «намерение законодателя» — в нормативно-правовых актах привели немало ученых юристов к выводу, что по крайней мере для этого вида текстов категория «намерения» является столь эфемерной, что искать его — занятие во многих случаях достаточно бесполезное. «Замысел автора» и «цель автора при создании текста» для данного вида текстов не совпадают, поскольку часто расходятся истинная и мнимая (публично заявленная) цели введения той или иной правовой нормы. Какой из них надо отдавать предпочтение при толковании? Как устранить субъективный фактор в толковании текста, как избежать манипулирования смыслами, если «намерение законодателя» и «дух закона» нельзя определить однозначно?

**М.М. Бахтин**[1] писал, что всякое высказывание представляет собой «данное» и «созданное». «Данное» — это отражение внешнего положения дел вместе с его выражением языковыми средствами (языковым значением); «созданное» — это отношение говорящего к положению дел и к своей мысли о нем. «Созданное» в высказывании имеет отношение к ценностям (истина, добро, красота, справедливость и пр.). Понимание «глубинного смысла» текста невозможно без учета «созданного», а значит, современности и своей культуры. При этом хотя субъективный фактор устранить в гуманитарном познании невозможно, нельзя превращать интепретируемый текст в «чисто свой». Значит, мы опять приходим к тому же вопросу, который уже поднимался: где искать те «безопасные правила», которые, с одной стороны, помогут нам понять чужой текст, с другой стороны, не позволят превратить его в «чисто свой»? И как связать между собой «субъективное» ценностное отношение с «объективным» содержанием текста?

**Е.Д. Хирш**, занимавшийся сравнительными проблемами интерпретации в праве и в литературе, вводит понятие «ответственной» интерпретации, под которой понимает «интерпретацию, которая остается верна как духу старого текста, так и реальностям сегодняшнего дня».[2] Однако попытки Хирша совместить при интерпретации намерение автора (включая его логику, оценки, отношения) с поисками «нормативных принципов интерпретации» привели его к «парадоксу, что объективность в интерпретации текста требует эксплицитного обращения

[1]) Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. М., 1979.

[2]) Hirsh, E.D., Jr. Counterfactuals in Interpretation // Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Ed. by Sandord Levinson and Steven Mailloux. — Northwestern University Press, Evanston, IL, p. 53.



к субъективности говорящего».[1] Как и все современные исследователи герменевтических проблем, Хирш так и не смог ответить на вопрос, «может ли герменевтическая теория дать нам особые ограничения на процесс интерпретации».[2]

**Рональд Дворкин**, в свою очередь, усомнился, что юристы могут воспользоваться теориями, выработанными литературоведами или представителями искусства, поскольку литературные критики сами еще не вполне пришли к соглашению относительно того, что такое интерпретация. Исследователи текста художественного произведения, по его мнению, пытаются «обнаружить значение текста», уделяя внимание в большей степени раскрытию смысла текста как целого, чем раскрытию конкретного значения того или иного слова, использованного автором. Но в литературе, как и в праве, встает вопрос о том, где кончается интерпретация текста и начинается его изменение, и является ли интерпретация объяснением (описанием) текста или его оценкой.[3]

Интерпретация, по мысли Дворкина, имеет две основных цели, первая из которых состоит в том, чтобы возвести текст или художественное творение в ранг произведения искусства, а вторая — раскрыть замысел автора. Когда мы имеем дело со вторым случаем, раскрытие намерения законодателя для целей интерпретации правового текста соотносимо с раскрытием намерения автора литературного произведения, но сам Дворкин скептически относится к возможности ответить на вопрос, что же хотел сказать автор или законодатель. Он пишет, что попытки других исследователей найти ответ основаны на подходе к интерпретации текста как к анализу коммуникативного акта «говорящий-аудитория», когда на самом деле выяснение намерения автора — это попытки определить ценность и значимость произведения искусства. Следует также иметь в виду, что *интенция* (первоначальное намерение) к созданию текста или произведения не всегда совпадает с мнением автора о том, *что* в конечном итоге им создано.

Существует и другое важное различие между интерпретацией в праве и литературной критикой: «...Литературная интерпретация стремится показать, как конкретное произведение искусства может быть представлено с точки зрения, наиболее выгодной для его понима-

[1]) Ekelöf, Per Olof. Teleological Construction of Statutes // Legal System and Lawyers' Reasoning. — Stanford, 1964, p. 373.

[2]) Hirsh, E.D., Jr. Counterfactuals in Interpretation. Interpreting Law and Literature, p. 42.

[3]) Dworkin, R. Law as Interpretation. — Legal Reasoning, vol. II, ed. Aulis Aarnio and D.Neil MacCormic, Darthmouth, p. 263; Texas Law Review, vol. 60:527, 1982, p. 534.

ния именно как ценного произведения искусства... Возможная интерпретация правовой практики должна, в свою очередь, удовлетворять тесту с двумя требованиями: она должна и соответствовать практике, и показывать ее суть или ценность».[1]

Поскольку ни юристам, ни литературоведам так и не удалось найти ясных ответов на вопрос о существовании «объективного» содержания текста, они постарались перевести проблему в другую плоскость: если любой текст возможно интерпретировать по-разному, то какую интерпретацию можно считать если не правильной, то по крайней мере надежной и авторитетной, и насколько свободен интерпретатор. Как для права, так и для литературы, главные подходы сводятся к двум: что интерпретация — процесс объективный, и что интерпретация — свободна и независима. Независимо от подхода существует общее понимание того, что свобода интерпретатора небезгранична. Пусть он не ограничен только тем, что «есть внутри текста», но он и не свободен интерпретировать текст так, как ему будет угодно. «Интерпретаторы, — пишет **Стэнли Фиш**, — ограничены молчаливым признанием того, что можно делать и чего нельзя, что говорить разумно, а что — неразумно, что будет принято в данном случае в качестве довода, а что не будет...» Он упрекает Дворкина в том, что последний, не уловив этого, неправильно понимает природу интерпретации, поскольку вводит различие между объяснением текста и изменением текста (т. е. созданием нового текста), которое на самом деле не существует. Объяснение текста и изменение текста вовсе не исключают друг друга, потому что они представляют собой действия одного порядка. «Дворкин противопоставляет их, потому что полагает, что интерпретация сама по себе нуждается в ограничениях, в то время как я пытаюсь показать, что интерпретация — это *структура* ограничений»,[2] — пишет Фиш. Но взгляд на интерпретацию текста как на *структуру ограничений* является полной противоположностью взглядам представителей деконструкционизма, которые провозглашали полную и нчием не ограниченную свободу интерпретатора текста.[3]

---

[1]) Dworkin, R. Law as Interpretation // Legal Reasoning, vol. II, p. 263.

[2]) Dworkin, R. Law as Interpretation // Legal Reasoning, vol. II, p. 290.

[3]) H.Bloom, P. de Mann, J.Derrida, G.Hartman & J.H.Miller, Deconstruction and Criticism (1979). Представители деконструкционизма, включая французского философа Жака Деррида и Барбару Джонсон, провозгласили необходимость исследования при интерпретации не только самого дискурса, но и «структурных принципов», которые делают возможным существование дискурса, расширив тем самым понимание текста за пределы собственно языкового выражения. Деконструктивизм расширяет установленные ранее границы исследования и уничтожает разделительные линии между различными дисциплинами. С точки зрения этого подхода нет осно-



**Оуэн М. Фисс**[1] также исходит из того, что правосудие (вынесение судебного решения) — интерпретативная деятельность, которая носит объективный характер (в отличие от интерпретации в литературе!). Но «объективная» для него вовсе не значит «безошибочная», и, чтобы свести количество ошибок к минимуму, интерпретацию нельзя оставлять произвольной. Интерпретация текстов права — это ограниченная интерпретация, при которой судья выступает как «комбинация литературного критика и философа-моралиста». Литературный критик ищет не просто разумную интерпретацию текста, он ищет интерпретацию правильную. То же относится и к философам-моралистам: они не просто выражают то, что кажется им хорошим, но и пытаются проводить принципы морали, которые являются объективными и истинными. Продолжая мысль Фисса, я предлагаю считать «дисциплинирующим правилом» при интерпретации текстов права необходимость следовать определенным общим местам.

Представляется абсолютно разумным то, что Фисс пытается вывести понятие интерпретации из взаимоотношения «читатель-текст»: меняется читатель, меняется и восприятие текста. Интерпретативное сообщество должно разделять те же ценности, что и судьи, чтобы оценить корректность интерпретации. Ценности же могут меняться по мере изменения общества: «Вынесение судебного решения есть интерпретация: вынесение судебного решения — это процесс, в результате которого судья приходит к пониманию и выражению смысла авторитетного текста права, а также ценностей, воплощенных в этом тексте».[2]

Если бы суд руководствовался только своими собственными ценностными суждениями, то нельзя было бы говорить ни о какой объективной интерпретации в праве, а следовательно, и о правосудии как таковом. Однако в свете всех этих рассуждений нельзя не задаться вопросом: а есть ли вообще какие-либо шансы придать тексту права, особенно написанному таким общим и расплывчатым языком, как Конституция, сколь-либо объективное значение? Фисс утверждает, что «общий характер и сложность — черты любого текста», но они «не пре-

---

ваний отделять литературу от философии, а литературную критику от права. Брук Томас в книге «Перекрестный допрос права и литературы» (Brook Thomas, Cross-Examinations of Law and Literature 15 (Cambridge: Cambridge University Press, 1987) замечает, что «результатом специализации и профессионализации знаний», которая возникла в 19 веке, стало разобщение «конфигурации права-и-буквы», которая связывала ранее писателей и юристов.

[1]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation // Legal Reasoning, vol. II, Dorthmouth, p. 297–321.

[2]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation..., p. 297.

пятствуют интерпретации, а, наоборот, являются теми качествами, которые ее обычно провоцируют. Интерпретация — это процесс порождения значения, и одним из самых важных (и очень привычных) способов понимания и выражения смысла текста является его превращение в специфичный и конкретный».

Главным вопросом при анализе текстов права является вопрос о том, «способна ли *любая* судебная интерпретация достичь той меры объективности, которой требует сама идея права»,[1] ведь объективность в праве означает наличие стандартов, а любая интерпретация предполагает наличие определенной свободы. Какая наука может дать такие стандарты интерпретации текстов права, которые, с одной стороны, позволили бы рассмотреть правовую проблему как можно более полно, а с другой стороны, помогли бы избежать произвола со стороны судей при вынесении решения?

Абсолютной свободы интерпретатора в праве не существует. Он дисциплинируется «набором правил, которые указывают на то, как материал (то есть слова, история, намерение, последствия) соотносится с делом и какой вес ему должен придаваться, а также определяют основные концепции и устанавливают процедурные обстоятельства, в которых происходит интерпретация».[2] Эти «дисциплинирующие» правила могут меняться от текста к тексту. «Правила интерпретации поэмы отличаются от правил, управляющих интерпретацией правового материала, и даже в области права эти правила могут быть разными в зависимости от вида текста — правила для интерпретации норм договорного права будут отличаться от правил интерпретации норм конституционного права». Но хотя сами правила могут различаться, их «дисциплинирующая», ограничивающая функция сохраняется. «Они ограничивают интерпретатора, переводя субъективный процесс интерпретации в объективный, поскольку они задают стандарты, в соответствии с которыми можно судить о правильности интерпретации». Таким образом, «*дисциплинирующие правила для права могут рассматриваться... как профессиональная грамматика*».

Далее, любые правила не могут считаться правилами, если они не являются авторитетными, то есть если они не одобрены соответствующим сообществом. Это означает, что «объективное качество интерпретации связано, ограничено, относительно. Оно задается самим существованием сообщества, которое признает дисциплинирующие правила, используемые интерпретатором, и придерживается их».[3]

[1]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation..., p. 302.
[2]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation , p. 302.
[3]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation , p. 303.



Отличительной чертой интерпретации в праве, как подчеркивает Фисс, является то, что в праве интерпретирующее сообщество является реальностью. Судьи принадлежат к этому интерпретирующему сообществу не в результате общности взглядов на вопросы интерпретации, а в силу необходимости придерживаться верховенства права и проводить его в жизнь. Они принадлежат к нему в силу своей должности. «Может быть много школ литературной интерпретации, но... в правовой интерпретации есть только одна школа и ее посещение обязательно...», — заключает Фисс.[1]

Итак, похоже, есть единство в понимании того, что интерпретация в праве имеет строгие ограничения. Следовательно, с некоторой долей уверенности мы можем назвать ее объективной. Но объективная интерпретация — вовсе не значит интерпретация правильная. Это расхождение может происходить из-за того, что интерпретация в праве имеет два измерения: внутренне и внешнее. Внутренее основано только на праве как таковом, а внешнее также и на других источниках — морали, религии, политике.

В праве объективная интерпретация возможна, а в литературе — нет. Это объясняется самой природой правового текста. Он не описывает, а предписывает. И даже мораль, когда она используется в качестве аргумента, — это та мораль, которая заключена в тексте, а не та, в соответствии с которой люди отличают хорошее или правильное от плохого и неправильного.

Существует несколько взглядов на роль морали при интерпретации текстов права. Традиция «естественного права» утверждает, что «судья приписывает морали решающую роль в интерпретации правового текста, или, говоря иначе, что судья читает правовой текст в свете морального текста, или так называемой «неписаной конституции». Позитивизм стремится отделить мораль от права, хотя и признает, что такое отделение никогда не может быть полным.

В связи с этим можно выделить два вида сил внутри позитивистского подхода. «Первый исходит из факта, что судья пытается придать значение и выражение общественным ценностям (тем, что воплощены в тексте права) и что его понимание этих ценностей — равенства, собственности, надлежащей процедуры, жестокого и необычного наказания — необходимо формируются господствующей моралью. Моральный текст — это призма, сквозь которую он понимает правовой текст. Вторая сила связана с интеллектуальной дилеммой позитивизма: слишком строгая приверженность позитивизму неизбежно ставит под во-

[1]) Owen M.Fiss . Objectivity and Interpretation , p. 304–305.

прос моральную авторитетность высшего правового текста, т. е. справедливость Конституции».[1]

Правила интерпретации правового текста должны исходить из авторитетности толкуемого текста. Чтобы ответить на вопрос, почему надо придерживаться Конституции и объяснять ее положения, надо перейти от собственно права к политической теории, если даже не к религии.

Таким образом, при любом подходе интерпретация нормативного текста должна включать в себя моральный элемент. Однако поскольку представление о морали в различных слоях общества может расходиться, необходимо, чтобы существовал институт, решение которого будет не только авторитетным, но и обязательным. Именно поэтому судебные интерпретации имеют обязывающую силу, независимо от того, правильны ли они. Судебная интерпретация является авторитетной в том смысле, что она легитимизирует использование силы против тех, кто отказывается принять или иным образом придать эффект значению, воплощенному в интерпретации. Собственно говоря, это точка зрения Остина, в отличие от которого не менее известные исследователи в области философии права Кельзен и Х.Л.А. Харт делают упор не на использование государственного принуждения, а на моральную обязанность подчиняться судебной интерпретации, причем вовсе не потому, что судья — это часть государственной власти, а потому, что он — часть той власти, авторитет которой следует поддерживать. Отрицание ценности Конституции и места конституционных ценностей в правовой и общественной системе, а также способности суда интерпретировать Конституцию, разрушает ее авторитетность.

К вопросам связи и различия толкования текста юридического и текста литературно-художественного обращались и многие другие исследователи. Чтобы показать, насколько широко сегодня осознается связь между интерпретацией в праве и интерпретацией в литературе, назовем еще несколько работ, посвященных этой проблематике: Кардозо «Право и литература», Кеннет С. Абрахам «Интерпретация законов и теория литературы: некоторые общие проблемы неподходящей пары», Сэнфорд Левинсон «Право как литература», Рональд Дворкин «Чем право похоже на литературу»[2] и др.

---

[1]) Owen M. Fiss. Objectivity and Interpretation. In: Legal Reasoning, vol. II. — Ed. by Aulis Aarnio, D.Neil Maccormic. Dorthmouth. — p. 753.

[2]) Levinson, Sanford. Law as Literature; Abraham, Kenneth S. Statutory Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair // Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Northwestern University Press, Evanston,



Однако попытки найти общие «безопасные правила» интерпретации, которые смогли бы гарантировать корректную интерпретацию юридических и литературно-художественных текстов, так и не увенчались успехом. Все, чего удалось добиться при его применении, это дать справедливую критику как формалистскому, так и другим подходам к интерпретации, которые пытались отыскать эти правила в самом тексте.

Нет ничего удивительно в том, что исследователи попытались расширить методы анализа текстов, обратившись за поисками новых подходов к риторике. При этом сторонники риторического подхода сознательно отошли от вопроса об «объективности» текста и других наиболее важных для герменевтики вопросов и стали использовать в построении своей стратегии такие понятия как «топ», «повествование», «цель», «рассуждение», «аргументация», «аудитория».

Помочь герменевтике решить спор между субъективным и объективным подходом к интерпретации текста с привлечением риторического аппарата пытается Стивен Малло в статье «Риторическая герменевтика». Применяя теорию «речь-поступок», он идет по пути сближения двух направлений: учитывает конвенции, заложенные в слушателях, и конвенции, заложенные в тексте. Для того, чтобы избежать вечного спора между идеалистами и реалистами, он предпочитает двигаться по пути «риторической герменевтики», которая «рассматривает разделяемые всеми интерпретативные стратегии не с точки зрения созидательного происхождения текстов (в смысле оруэлловского акта «коллективного солипсизма»), а, скорее, как исторические наборы тем, аргументов, тропов, идеологий и т. д., благодаря которым тексты приобретают смысл посредством риторического обмена. «Мы могли бы сказать, пишет Малло, — что такие концепции как «интерпретативные стратегии» и «аргументативные поля» — просто средства обращения к неформализуемому контексту интерпретативной работы, работы, которая всегда вовлекает риторическое действие, попытки убедить других в истинности экспликаций и объяснений».[1] Ошибкой герменевтов является то, что они пытаются установить интерпретативные конвенции, определяющие значение, вне их связи с риторической ситуацией, не понимая, что конвенции сами по себе являются темой постоянных дебатов в каждый определенный исторический момент. Нельзя установить

---

IL; Dworkin, Ronald. How Law is Like Literature. — In his «A Matter of Principle», Cambridge, Mass.: Harward University Press, 1985, p. 146–166; Cardozo, Benjamin N. Law and Literature. — Fred B.Rothman & Co. Littleton, Colorado, 1986.

[1]) Steven Mailloux. Rhetorical Hermeneutics. — In: Interpreting Law and Literature, p. 354.

значение и смысл текста, не принимая в расчет контекст риторической практики. Только риторическая герменевтика, делает вывод Малло, может примирить различные герменевтические подходы — реалистические и идеалистические, поскольку она переносит вопрос о смысле текста в совершенно иную плоскость — исторически обусловленных и меняющихся со временем допущений, вопросов, утверждений и ценностей. Следовательно, спор о значении текстов — это, по сути дела, спор об историческом изменении основных ценностей и убеждений.

Хайм Перельман также перевел поиски методов анализа текста в чисто риторическую плоскость, взяв в качестве исходного пункта рассуждений принципы неформального мышления и непосредственно процесс обсуждения, который ведет к принятию решений в практических областях, таких как право, политика и этика. Вместо интерпретации текстов он сосредоточил свое внимание на том, как оратор стремится достичь согласия и присоединения аудитории к своим неформальным аргументам. Важным отличием его подхода является то, что внимание исследователя с *поиска* самоочевидных, необходимых, универсальных и изначально действенных принципов переключается на *создание* принципов, ценностей и общих мест, разделяемых всеми, кого философ подразумевает под универсальной аудиторией. Если мы будем последовательно придерживаться неориторической теории, родоначальником которой является Перельман, то придем к выводу, что искать обоснование интерпретации надо путем анализа «исторически определенного контекста». Риторы, в отличие от герменевтов, концентрируют внимание не на авторе, а на аудитории и на восприятии текста аудиторией. Это очень важное отличие, к которому они пришли в результате анализа практического опыта. В самом деле, практическая интерпретация текстов (для нужд политики, права, этики) непосредственно связана с оценкой этой интерпретации аудиторией и, следовательно, такие понятия как «объективность текста» или «замысел автора» отходят на задний план и теряют свою актуальность. Чтобы задача интерпретации была выполнена, необходимо и достаточно, чтобы она была принята аудиторией. В связи с этим Перельман подчеркивает «высшую важность практического суждения — то есть, нахождения «хороших доводов» (аргументов, приемлемых соответствующей аудиторией) в поддержку интерпретаций, решений или действий».[1] Интерпретация непосредственно оказывается связанной с аргументацией.

Еще далее идет в своих исследованиях Теодор Фивег. В работе «Топика и юриспруденция» он проповедует топический подход к толкова-

[1]) Interpreting Law and Literature, p. 343.



нию текстов права как имеющий ряд очень важных преимуществ перед другими подходами: «Топическое мышление дополняет себя — в форме *интерпретации*, которая стремится открыть всё новые возможности для понимания без разрушения старых. Это происходит следующим образом: пусть мы продолжаем придерживаться установленных ответов, но эти старые ответы рассматриваются нами уже с новых точек зрения (topoi), которые являются производными от абсолютно других контекстов и позволяют дать старым ответам новый поворот... Не каждая интерпретация (объяснение, экзегезис, герменевтика) делает это, хотя каждая могла бы. Интерпретация является частью Топики и великолепно подходит для осуществления указанных адаптаций».[1]

Самой важной заслугой топики как теории интерпретации Фивег считает то, что она позволяет придать строго систематизированной системе права необходимую гибкость, т. е., говоря иными словами, потеря позитивным правом гибкости частично компенсируется через его интерпретацию. *Топика же, поскольку она предлагает достаточно свободный и несвязанный каталог общих мест, особенно легко поддается расширению и дополнению.*

Итак, следует иметь в виду, что теорий интерпретации дискурса существует много, причем каждая из них претендует на истинность. Существует и масса дисциплин, изучающих дискурс — символическая логика, антропология, психоанализ, экзегетика, структурализм и др. Как справедливо заметил Поль Рикёр, «развитие этих не совпадающих друг с другом дисциплин мгновенно высветило очевидное и угрожающее распадение этого дискурса».[2] Он пытается соединить несогласованные между собой интерпретации, используя в качестве средства преодоления такого распадения совй собственный подход, который называет «прививкой герменевтической проблематики к феноменологическому методу».[3] Мы же предлагаем использовать для этой цели выработанный античной риторикой топический метод, ибо риторическая теория аргументации, основанная на использовании общих мест — топов, — является не чем иным как теорией обоснования и интерпретации дискурса.

При таком подходе топ как герменевтическая категория выступает в качестве единицы метаязыка интерпретации текста.

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 30.
[2]) Поль Рикёр. Конфликт интерпретаций: очерки о герменевтике. «Academia — Центр», «Медиум», Москва 1995, с. 23.
[3]) Поль Рикёр. Конфликт интерпретаций..., с. 3.

### 1.4. Риторика и право, или топическая юриспруденция

Знакомство с топикой и попытка использовать ее методологию применительно к правовым исследованиям переосмысляет наше восприятие риторики и ее взаимоотношение с правоведением. Если до сих пор господствовало представление о риторике как о теории ораторского искусства или, в лучшем случае, о теории прозы, то сейчас риторика начинает восприниматься как методология научного познания, способная вернуть утерянные междисциплинарные связи философии, филологии, теории права, логике и другим гуманитарным дисциплинам.[1] И если ранее риторика воспринималась юристами как вспомогательная дисциплина, способная обучить студентов полезным навыкам владения устной и письменной речью для успешного ведения дел в судах, то сегодня она все больше привлекает философов и теоретиков права, постепенно занимая в научных исследованиях юристов то место, которое ей некогда отводилось в античности. Интересно то, что до недавнего времени философы и филологи связывали возникновение риторики с появлением античного состязательного процесса и деятельностью специальных людей — логографов, которые писали речи для сторон в судебном разбирательстве. На этом фоне откровением оказались работы юристов, доказавших, что не только право способствовало развитию риторики, но и риторика внесла свою лепту в развитие права, послужив основой для появления юриспруденции как учебной и научной дисциплины.

Восстановить историческую справедливость первым помог Йоханнес Стру — юрист, занимавшийся проблемами римского права. Он исходил из того, что «риторика... уже около 1 века до н.э. была столь центральным образовательным предметом в Риме среди социальной страты, из которой выходили юристы, что с самого начала выдающийся римлянин, стремящийся своей карьерой заработать авторитет (autoritas) юрисконсульта (Iuris Consultus), был немыслим без того образовывающего влияния, которое риторика оказывала на него в юности и которое в значительной мере помогало ему сделать политическую карьеру, требовавшую выступлений».[2]

Влияние греческой философии и риторики на римское правоведение отмечает и шведский исследователь Э. Аннерс. В книге «История евро-

[1]) Интересная интерпретация риторики применительно к экономической теории содержится у Ричарда Познера; Posner, Richard A. Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal Reasoning // Overcoming Law. Harvard University Press, 1998 (5th printing), pp. 498–530.

[2]) Stroux, Johannes. Summum ius summa iniuria. — In: Romische Rechtswissenschaft und Rhetoric, 7–80. Potsdam: E. Stichnote, 1949. Цит. по: Viehweg, Theodor. Topics and Law. — Verlag Peter Lang Gmbh, Frankfurt am Mein, 1993, p. 47.



пейского права» он пишет о том, что в поздний республиканский период римское правоведение оказалось под сильнейшим влиянием греческой философии и риторики. Римские юристы посвятили себя изучению греческих методов анализа различных понятий и их же методов синтеза. Это позволяло им «более глубоко вникать в суть дела, полностью владея быстро нараставшей в объеме массой совершенно бессистемных норм права...», и находить в конечном счете те конкретные нормы, которые функционально соответствовали определенному типу конфликтной ситуации.[1]

Риторика оказывала значительное влияние и на средневековых юристов, которые, как мы уже писали, прежде чем приступить к изучению специальности, должны были изучить семь свободных искусств (artium liberalium), в число которых входила риторика и, соответственно, топика. Интересен и тот факт, что первая в Европе школа права — юридический университет в Болонье, открывшийся около 1100 года — образовался после почти двухсотлетнего существования в Болонье школы свободных искусств.

В средние века на основе топического метода стали развиваться теории толкования текстов права. Об исторической связи риторики и юриспруденции свидетельствует и деятельность средневековых глоссаторов — итальянских юристов, комментировавших и толковавших римское право путем составления заметок (глосс) на полях текстов римских кодексов. Ученые в области исследования истории европейского права долгое время считали, что возрождение римского права в Северной Италии в период XI и XII веков было исторической случайностью. Однако объяснение столь долго сохранявшейся традиции (в течение 500 лет!) было найдено лишь тогда, когда ученые обратились к изучению как методов начального обучения, так и методов преподавания диалектики и риторики в высших школах. Э. Аннерс замечает, что «ни до, ни после глоссаторов подобного рода юридические тексты никогда не были предметом столь глубокого, чисто филологического анализа...».[2]

Глоссаторы были также незаурядными педагогами и разработали систему обучения тем навыкам, которыми овладели сами. Самое интересное, что учили они не нормам действовавшей тогда правовой системы, а методам анализа и обобщения. Глоссаторская школа, обучение в которой длилось 7 лет, давала филологическое образование, которое, как считали глоссаторы, позволяло воспитать в своей среде высокообразованных юристов-ученых. Одним из важнейших элементов

[1]) Stroux, Johannes. Summum ius summa iniuria. — Цит. соч., с. 107.

[2]) Аннерс Э. История Европейского права. М., «Наука», 1994, с. 161.

подготовки в Болонье были диспуты, предметом рассмотрения в которых был условный правовой спор. Выпускники Болонской юридической школы мастерски овладевали искусством хладнокровно анализировать острые вопросы и опровергать любую систему аргументов на основании логических ошибок и противоречий в доводах оппонента.

Консилиаторы, или глоссаторы позднего периода, также не учили правовым теориям или понятиям. Именно поэтому средневековых, точно так же, как и римских, юристов обвиняют в том, что они не предприняли попыток юридической систематизации, основанной на общих понятиях и последовательно проведенных принципах. Теодор Фивег первым встал на их на защиту и попытался доказать, что их проблемно-ориентированный, то есть топический, метод рассуждения гораздо лучше отвечал потребностям правовой практики, чем ныне существующий системно-дедуктивный метод. В современном мире, когда законотворчество не поспевает за быстро меняющейся действительностью, юрист оказался не в состоянии адекватно разрешать встающие перед ним правовые конфликты. Он утратил возможность анализировать и способность привносить в юридическую проблему человеческую рассудительность.

Неслучайно и желание Коула Дурэма напомнить нам этимологию слова «юриспруденция», означающего в переводе с латыни умение судить о праве, рассуждать о правовых проблемах благоразумно, практично, основательно.

Раздел риторики — топика, как мы видели, оказала влияние на развитие приемов и способов толкования текстов права. Топика и сегодня может служить средством разрешения противоречий внутри единой системы права, возникающих с течением времени, ибо топы как общие места культуры — представления о должном и недолжном, добром и злом, вредном или полезном, прекрасном или безобразным, справедливом или несправедливом — помогают нам «приладить» застывшие тексты права к социальной действительности. Как определить, что справедливо в данный момент времени, здесь, сейчас? В аргументации, содержащейся в судебных решениях конституционных судов, все чаще стали встречаться ссылки на социальные факторы, моральные нормы, политические теории, общественные интересы. Они стали приобретать силу юридических аргументов. Обращение чисто к букве закона уже не позволяет решать сложные юридические конфликты, которые ставит перед нами быстро меняющаяся жизнь. Юристы постепенно возвращаются к проблемно-ориентированной, топической модели мышления.

Риторические исследования философов права Фивега, Перельмана, Кравеца и др. подтвердили ценность топического подхода к решению



проблем юриспруденции. Растет число работ по риторике права.[1] Они посвящены анализу юридического мышления и юридической аргументации. Спор о смысле нормативного текста анализируется ими как спор об историческом изменении основных ценностей и убеждений. А состав ценностей — общих мест культуры — изучает топика.

Риторика оказалась востребована и как единственная дисциплина, способная *обучить* будущего юриста правовому мышлению и рассуждению, поскольку только у нее имелся сложившийся аппарат категорий и хорошо разработанный набор приемов — в рамках учения об изобретении (инвенции) — для построения учебного курса по теории аргументации.

Большое внимание риторической подготовке будущих адвокатов всегда уделяла англо-американская система права. Риторические навыки оттачивались в многочисленных упражнениях по ведению споров, решению казусов, аналитическому изучению прецедентов. Все эти виды подготовки были «топичны по самой своей природе», хотя риторика и топы даже не упоминались. Но сама история развития права, в том числе конституционного, в англо-американской культуре имела своим источником именно этот, топический, подход — в суде, свободном от диктата других ветвей власти, достаточно независимо и творчески трактующем нормы статутов, исходящим в своей интерпретации из принципов естественного права, морали, общественного интереса и т. п., видели главную гарантию от узурпации власти законодательными органами и основу правосудия.[2]

---

[1]) Приведем лишь некоторые из них: James Boyd White, Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law, Madison, Wis.: University of Winconsin Press, 1985; Judith A. Harris, «Recognizing Legal Tropes: Metonymy as Manipulative Mode», American University Law Review 34 (1985): 1215–29; Herbert W. Simons. The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry. Chicago: University of Chicago Press, 1990; Goodrich, Peter. Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis. London, Macmillan, 1987; Paul Robertshaw, «Law, Language and Rhetoric», Modern Law Review 50 (1987): 971–981; Werner Krawietz. Neue Topik, Rhetorik und Dialektik in der praktischen juristischen Argumentation. — Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. — Sprachphilosophie, 2. Halbband, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1996, 102, 1476–1482, и др.

[2]) Интересно замечание, сделанное в этой связи переводчиком книги Фивега на английский язык, американским профессором Коулом Дурэмом, о том, что борьба за свободу слова в Америке и аргументы, приводившиеся в защиту этой свободы, могут быть рассмотрены в свете этого подхода как аргументы в пользу важности сохранения в обществе состава топов (общих мест) в его наиболее полном виде, и, следовательно, как гарантия того, что при решении социальных проблем всем относящимся к делу общим местам — различным подходам и точкам зрения — будет уделено надлежащее внимание. С точки зрения топики, по мысли того же Дурэма, центральное планирование в экономике неэффективно именно потому, что неспо-

Риторический подход к исследованию текстов права помогает гораздо шире взглянуть на проблемы интерпретации текстов в целом.

Джулиус Стоун считал, что в исследовании права существуют три основных направления: 1) право и логика — аналитическая юриспруденция, 2) право и справедливость — этическая юриспруденция, и 3) право и общество — социологическая, или функциональная, юриспруденция. После появления книги Фивега «Топика и юриспруденция» и ряда работ, связанных с дальнейшей разработкой этой темы, стало складываться, как мне кажется, и четвертое, весьма важное направление исследований в области философии и теории права, тесно переплетенное с предыдущими тремя, а именно **право и риторика,** или **топическая юриспруденция**. Именно в рамках этого направления создавалась эта книга.

собно учесть все топы, которые имеют значение для защиты интересов различных индивидов, а значит, и неспособно решить их проблемы. В этом Дурэм видит и символический смысл того, что Адам Смит, отец рыночной теории, читал лекции по риторике и издал «Лекции по риторике и литературе».

# Глава 2
# Общие места в юридической аргументации

## 2.1. Юридическая аргументация

Аргумент в риторике определяется как «словесная композиция, устная или письменная, которая содержит доводы в поддержку утверждения».[1] Это — словесно оформленная мысль, отдельная и завершенная, которая оценивается аудиторией с точки зрения истинности, правильности, уместности и приемлемости.[2]

Аргументация составляет ядро риторики. Если из риторики выбросить раздел о нахождении аргументов (топику), то она теряет свой предмет. На это указывал и Аристотель, писавший, что «в риторике главное — доказательства, а все остальное — не что иное как аксессуары».[3]

Риторическая аргументация основана на некоторой неопределенности посылок и действует за счет принятия этих посылок всеми, большинством, или наиболее мудрыми (как писал Аристотель), или за счет их приемлемости в универсальной аудитории (как это представлял себе Перельман). Отличительная черта риторической аргументации — способность убеждать в высокой степени, вполне сопоставимой с логическим или математическим доказыванием, не основываясь на столь же точных и истинных посылках и способах рассуждения. Поскольку риторическая демонстрация по форме напоминает логическую, Перельман назвал риторическую аргументацию «квази-логической». В отличие от логического доказательства, которое всегда точно, но может оказаться ненужным, квази-логическое доказательство может быть формально неточным, но тем не менее значимым и даже основополагающим для принятия судебного решения.

Важным различием между логикой и риторикой является то, что логики связывают аргументацию с доказательством, в то время как в риторической традиции она связывается с убеждением, которое хотя и близко доказательству по своей природе, но не тождественно ему. При логическом доказательстве обязательно требование истинности, в

[1]) Graves, Harold F. Argument: Deliberation and Persuasion in Modern Practice. The Cordon Company, New York, p. 4.

[2]) Волков А.А. Основы русской риторики, с. 43.

[3]) Аристотель. Риторика. — Цит. соч., с. 15.

то время как при риторической аргументации достаточно правдоподобия. Более того, использование точных знаний в речи еще не является гарантией убеждения, т. к. оценить речь, основанную на знании, может только слушатель образованный или специально подготовленный, поэтому ритору, желающему достигнуть присоединения аудитории к своей точке зрения, волей-неволей приходится приспосабливаться к уровню подготовки своей аудитории. По своей природе убеждение шире доказательства. Так, обвинитель в своей речи может полностью доказать вину подсудимого, а жюри присяжных, приняв во внимание доводы защиты, все же этого подсудимого оправдать. Аргументация обвинителя перед присяжными заседателями вряд ли будет успешной, если оратор ограничится тем, что самым тщательным образом разберет юридическую сторону дела и обоснует наличие состава преступления по действующему законодательству. Такие доказательства в состоянии оценить только публика, искушенная в вопросах уголовного права. Для присяжных большую убедительную силу будет иметь обращение к таким вещам, как горе родных и близких потерпевшего; тяжкая доля вдовы и сирот; нравственный вред для общества, причиняемый безнаказанностью; чувство сострадания и справедливости. Именно поэтому аргументация в суде рассматривается не как логическая, а как риторическая. Она непосредственно связана с отстаиванием различных точек зрения на одну проблему. А «когда мы имеем дело с вопросом отстаивания своей точки зрения, вопросом использования высказывания для усиления приверженности аудитории определенным положениям, уже более невозможно отрицать полностью как не имеющие отношения к делу психологические и социальные условия, без которых аргументация становится беспредметной и безрезультатной».[1]

Аргументация в праве, по сравнению с другими видами риторической аргументации, имеет свои специфические особенности.

Одним из первых обратил внимание на специфику правового аргумента и его отличие от аргумента в формальной логике Джон Уисдом. Он писал, что аргумент юриста — «это не *цепь* демонстративного рассуждения. Это приведение и представление тех черт дела, которые *одна к одной складываются* в пользу заключения, в пользу того, чтобы дать ситуации именно то имя, которым он желает ее называть. Доводы — это ножки стула, а не звенья цепи».[2] Сами по себе, по отдельности, эти доводы не ведут к какому-либо заключению. Процесс принятия решения основывается на взвешивании совокупности дово-

[1]) Perelman, Chaim, Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric, p. 14.

[2]) J.Wisdom, «Gods», 1944. Repr. in his Philosophy and Psycho-analysis, 1953, p. 157.



ов, приведенных каждой стороной, и является выбором между конфликтующими «вероятностями». «Это не произвольный выбор, хотя он был достигнут не путем дедукции, и даже не путем индукции. Ибо при индукции накопление данных обычно позволяет справедливо предсказать, «что должно получиться»; а в юридическом рассуждении этот вопрос может оставаться открытым до самого момента осуществления выбора».[1]

Х. Перельман предложил другую метафору для юридической аргументации — он сравнил ее с куском ткани, прочность которой всегда превосходит сумму прочности входящих в нее отдельных нитей. Это значит, что аргумент, взятый из одного источника — общего места, или топа, — сам по себе слаб и, как правило, недостаточен для доказательства. Только совокупность аргументов, взятых из разных источников, придает высказыванию необходимую силу.

Х. Перельман обращал внимание на следующие специфические особенности юридической аргументации, препятствующие ее рассмотрению как формально-логической.[2]

Во-первых, в уголовном праве существует презумпция невиновности. Человек считается виновным только тогда, когда доказана его виновность, невиновность доказывать не требуется. В то же время в науке отрицательное доказательство (о том, что такой-то факт не существует) имеет равную силу с положительным (что такой-то факт существует). Точно так же и с точки зрения формальной логики сам по себе факт, что доказательств невиновности недостаточно, еще не свидетельствует о том, что человек в самом деле невиновен. Сомнение в деле, с точки зрения логики, может быть истолковано как в пользу подсудимого, так и против него.

Во-вторых, в праве не могут служить доказательствами факты, полученные противозаконным путем, в то время как формальная логика безразлична к способам получения доказательств.

В-третьих, в праве (особенно в конституционном) довольно часто приходится иметь дело со столкновением норм права, их коллизией, и тогда встает вопрос о балансе различных интересов: что важнее, например, в случае опубликования в печати сведений о неприглядном прошлом важного политического деятеля: право журналиста на свободу слова или право политика на неприкосновенность частной жизни?

[1]) Stone, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning. — Ch. 8 «Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument». London, 1964, p. 327.

[2]) Perelman, Chaim. Droit, Logique et Argumentation. — Le champ de l'argumentation. Bruxxeles, 1970, p. 139–149.

Какую из двух взаимоисключающих норм следует применить? В таком случае невозможно обойтись исключительно применением логической формулы.

В-четвертых, само по себе формальное применение логической формулы может привести к неоднозначному решению. Именно для того, чтобы формальный подход не привел к наказанию невиновного, были созданы суды присяжных как выразителей «жизненной правды». Если суд присяжных оправдывает родителей, убивших своего смертельно больного ребенка, дабы избавить его от нестерпимой боли, значит ли это то, что жюри присяжных ошиблось, или то, что оно сознательно пошло против справедливости?

Пятое возражение связано с тем, что саму норму права чаще всего невозможно интерпретировать одним-единственным способом, хотя бы в силу несовершенства человеческого языка. Возьмем хрестоматийный пример из американских и французских учебников по законодательной технике: если «въезд транспорта в парк запрещен», то может ли туда въехать карета скорой помощи, пожарная машина или милицейский патруль? Русский юрист Джаншиев приводил другой пример: если на бульваре есть табличка, что «выгул собак запрещен», значит ли это, что можно выгуливать медведя, кошку или хомяка?

В-шестых, позитивное право (в отличие от естественного) управляется четко определенными текстами, «а это выносит на передний план ряд проблем, а именно проблемы, связанные с интерпретацией текста».[1] В результате различной интерпретации нормы права одно и то же деяние может быть оценено разным образом, и юридические последствия, соответственно, тоже будут различными. В логике такое невозможно.

И, наконец, кто (включая самого судью) осмелится заранее с точностью предсказать решение судьи? Если бы право жило по правилам логической науки, это было бы сделать довольно просто. Однако в праве сторонам всегда приходится просчитывать не только то, какое решение **должно быть** вынесено судьей, но и то, какое **будет вероятно** вынесено.[2]

Помимо указанных Перельманом, существуют и другие различия между доказыванием в логике и в праве, на которые в свое время обращал внимание русский профессор уголовного права Л.Е. Владимиров. Он, в частности, указывал, что с логической точки зрения не выдерживают никакой критики следующие максимы (положения) права: «Non

[1]) Волков А.А. Основы русской риторики, с. 101.

[2]) См. об этом подробнее у Карла Н. Ллевеллина в: Karl N. Llewellyn. Remarks on the theory of appelate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. — Vanderbilt Law Review, vol. 3, 1950, p. 396.



refert quid notum sit judici, si notum non sit in forma judici» (не имеет значения то, что известно суду, если известное не выражено в юридической форме), «Quod non apparet non est»(что неочевидно, то не существует), «Incerta pro nullis habentur» (неясное считается несуществующим), но с точки зрения права они имеют значение.

В отличие от философа, логика или историка юрист при решении спора связан сроками, он не может сказать сторонам: подождите, пока появятся новые доказательства. («Ne litis immortales essent, dum litigantes mortales sunt» — «Бессмертны тяжбы, но смертны тяжущиеся».)

Далее, не согласуется с логикой положение res judicata pro veritate accipitur (установленное судебным решением принимать за истинное), хотя в сфере юстиции оно необходимо.

«Само приведение тех или иных доказательств в суде часто ограничивается законодателем по соображениям, совершенно чуждым требованиям исследования истины», например является вполне законным отказ суда от вызова непременно всех мыслимых свидетелей, особенно из самых отделенных частей государства.[1]

Еще одно интересное наблюдение Владимирова связано с тем, что в праве суд «должен обращать внимание на то влияние, какое оказано будет известным приговором на общество, на его мнение и настроение. Оправдание виновного и осуждение невинного — оба эти приговора, с точки зрения логической, едва ли чем друг от друга отличаются. Словом, — продолжает Л.Е. Владимиров, — трудно сказать, чтобы с точки зрения логики один был лучше или хуже другого. Но если мы обратим внимание на впечатление, который каждый из них производит на общество, мы должны будем признать, что вред от приговора, осуждающего невинного, несравненно значительнее того вреда, который получается от оправдания виновного».[2]

Таким образом, как заключает Владимиров, достоверность в праве имеет свои особенности, объясняющиеся характерными свойствами юстиции. Теория доказательств в праве должна основываться на формировании убеждения у судей, причем «это убеждение должно быть внутреннее, т. е. свободно составленное, а не предопределенное каким-нибудь внешним, от закона исходящим, критерием».[3] Закон дает только рамки для формирования такого убеждения, но не навязывает его.

[1]) Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. Харьков, Университетская типография, 1873, с. 128.

[2]) Владимиров Л.Е. Суд присяжных..., с. 129.

[3]) Владимиров Л.Е. Суд присяжных..., с. 131–132.

Как справедливо заметил Перельман, если бы аргументация в праве проходила по законам логики, то с работой судьи смог бы справиться и компьютер. Но он не может сделать того, что может судья: взвесить все за и против, рассмотреть все возможные точки зрения. Роль судьи является существенной в деле отправления правосудия. Судья находится в центре судебных дебатов. «Именно в этом смысле теория аргументации имеет то важное значение, которое мы ей отводим. Ибо именно аргументация, довольно часто, будет решающей для формирования убеждения судьи, именно она позволит ему вынести мотивированное решение».[1]

Следует также иметь в виду, что наличие закона и правил его применения само по себе еще не предопределяет того, что на вопрос, стоящий перед судом, существует только один единственный правильный ответ. «На самом деле, — как правильно утверждает Карл Ллевеллин, — возможных правильных ответов — два, три или десять. Вопрос в том, *который* из возможных правильных ответов суд *выберет* — и *почему*? Ибо поскольку всегда существует более, чем один возможный правильный ответ, постольку суд всегда должен выбирать».[2] Вопрос о том, *почему* суд выбирает именно это решение, а не иное, можно ли его предвидеть и как подобрать именно те аргументы, которые он с большей вероятностью примет во внимание при вынесении решения, всегда привлекал внимание исследователей.

Карл Ллевеллин, к примеру, считал тремя основными факторами, влияющими на выбор решения судьей, следующие: 1) работы конкретного суда; 2) характер судей; 3) чувство ситуации как она воспринимается судом. Что же касается выбора аргументации судом, то, проанализировав тексты судебных решений, вынесенных одним американским судом в течение одного дня, Ллевеллин обнаружил 26 разных подходов к толкованию этим судом вынесенных им же ранее решений (прецедентов); при этом все 26 способов были корректными, а в каждом отдельном решении суд использовал от трех до шести видов этих подходов. Следует заметить, что то, что Ллевеллин называет «подходом к толкованию» вполне соответствует нашему представлению об «общем месте аргументации».

Ллевеллин пытается найти дисциплину, которая сможет дать ответ не только на вопрос, *какой* технически правильный ответ *должен быть* дан судом, но и на вопрос, какой ответ *будет* дан судом, и *почему*?

[1]) Perelman, Chaim. Le champ de l'argumentation. — Bruxelles, 1970, p. 147.
[2]) Karl N. Llewellyn. Remarks on the theory of appelate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. — Vanderbilt Law Review, vol. 3, 1950, p. 396.



По нашему мнению, такой дисциплиной является именно риторическая топика.

Почему же юристы упорно продолжают настаивать на том, что правовое рассуждение должно строиться по принципу формальной логики? Жени, Холмс и Джулиус Стоун объясняли это тем, что «логическая дедукция» — более простой способ рассуждения для юриста, чем другие, поскольку юристу намного легче основывать свое решение на конкретной статье кодекса и на ограниченном наборе неоспоримых концепций, чем рассматривать концепции как гипотетические описания типовых ситуаций, которые будут проверяться всеми последующими с точки зрения справедливости и разумности результатов. Кроме того, психологически легче чувствовать себя связанным логическими выводами из тех концепций, что уже приняты, чем рассматривать любые концепции лишь как способ обнаружения «возможных» решений, доступных в данной ситуации.

Итак, если логика есть наука о правильности рассуждения от посылок к выводу, то теория аргументации исходит из практики — анализа решений и способов их обоснования.

При риторическом доказывании, в отличие от логического, вывод вовсе необязательно следует из приведенных доводов. Более того, одни и те же доводы могут приводить к противоположным выводам. И наоборот, из нескольких посылок может следовать один-единственный вывод. С логической точки зрения приведение множества посылок в одном силлогизме избыточно, но с риторической точки зрения оно может быть вполне оправданно. Что действительно важно для риторического доказывания, так это семантическая связь между доводами и положением аргумента.

Таким образом, аргументация в праве является риторической аргументацией, а не логической. Аргументация в логике и в праве различается также по типу аудитории, к которой она адресована. Логическая аргументация рассчитана на универсальную аудиторию, поскольку логик исходит из того, что используемые им посылки и основанные на них выводы имеют непреложный и самоочевидный характер и обладают абсолютной правильностью, независимой от места, времени и социальных условий, и что эти выводы имеют одинаковый вес для всех и каждого. Суждение в риторике, в том числе мнение юриста, изначально исходит из того, что существуют и другие точки зрения на существующую проблему и что необходимо разрешить существующие сомнения.

Сила аргумента в риторике — в отличие от логики — может меняться в зависимости от ситуации. Изменение ситуации — исторической, политической, культурной, социальной — неизбежно ведет к из-

менению в толковании прежних норм права (если их не успевают вовремя заменить законодательным путем на новые) и меняет убеждающую силу прежних аргументов. Так, «кража буханки хлеба в период Ленинградской блокады — тягчайшее преступление, а в современных условиях она вообще не является уголовно наказуемым деянием».[1] Прежде всего это связано с тем, что норму права надо так «приладить» к действительности, чтобы в результате правого регулирования восторжествовала справедливость.

Однако представление общества о справедливом, добром и равном может меняться быстрее, чем принятые в нем законы. Как вносить в правовую систему постоянные изменения, сохраняя при этом ее стабильность? Решения Верховного Суда США и конституционных судов Европы свидетельствуют, что это можно сделать, наполнив тексты законодательных актов новым содержанием, сохранив их прежнее словесное выражение. Решения судов, в которых содержится толкование положений конституции, тем интереснее, что конституции живут дольше других законодательных актов и регулируют отношения в разные исторические и политические эпохи.

У интерпретации текста конституции есть и еще одна цель — это вовлечение людей в демократический процесс. Демократия есть там, где каждый имеет право быть выслушанным и приводить свои аргументы. Только в том случае, если мы даем реальную возможность каждой стороне привести какие-угодно аргументы в пользу своей интерпретации, готовы их выслушать и обладаем умением оценить их с точки зрения разумности, обоснованности, состоятельности, мы можем говорить о том, что при решении правового спора были задействованы все имеющие отношение к делу общие места, а значит, это решение отвечает демократическим принципам справедливости и принимается в соответствии с ценностями, лежащими в основе демократического строя.

Чаще всего, однако, судебная аргументация носит характер обоснования точки зрения, положенной судом в основу решения, и опровержения точек зрения оппонентов.

Таким образом, аргументы в праве могут выступать в различной роли в зависимости от цели: «Иногда они используются для того, чтобы поднять вопрос об интерпретации. Иногда их задействуют для опровержения или подрыва других аргументов. Наконец, чаще всего их применяют в судебных решениях как доводы для оправдания принятых решений».[2]

---

[1]) Спиридонов Л.И.Теория государства и права, с. 237.
[2]) Interpreting Statures: A Comparative Study. Ed. By D.Neil MacCormic and Robert



**Топы в юридической аргументации**

Исследования зарубежных ученых показывают, что в различных ранах судебные решения верховных и конституционных судов обруживают известное сходство с точки зрения аргументации: типов пользуемых аргументов, материалов, инкорпорированных в содержае этих аргументов, техники обоснования положений, способов урегурования конфликтов между разными аргументами, роли прецедентов интерпретации статутов.[1] «Возможно наиболее важным сходством жду системами, которые мы изучали, — пишут Александр Печеник Гуннар Бергхольц, — является то, что, оказывается, верховные суды всех системах значительным образом полагаются на то, что может ть названо «общим ядром»...[2] Это сходство определяется, прежде его, общим составом ценностей.

Риторический анализ решений Верховного Суда США и конституонных судов РФ и ФРГ, проведенный автором данной книги, позвол выделить «общее ядро», состоящее, по меньшей мере, из 13 общих ест, к рассмотрению которых мы теперь переходим.

## I. Максимы права

аксимы права — это основополагающие положения и исходные принипы права в целом. Эти положения не подлежат обсуждению и перелкованию, и никакие аргументы, направленные на их опровержение ли неприменимость в данном конкретном случае, не допускаются.

К максимам права относятся, например, такие как audi alteram artem — «выслушай и другую сторону», ultra vires — «акт, принятый превышением полномочий, не имеет силы», quod non apparet non st — «что неочевидно, то не существует»; incerta pro nullis habenur — «неясное считается несуществующим»; non refert quid notum sit dici, si notum non sit in forma judici — «не имеет значения то, что звестно суду, если известное не облечено в юридическую форму». Примеры использования подобных максим права в качестве аргументов огут быть найдены в решениях судов многих стран, хотя в большинстве случаев к ним нет необходимости обращаться, поскольку они ачинают действовать еще на досудебной стадии, являясь «внешними» в терминах риторики), или «процессульными» (в юридических терминах) правилами ведения диалога (правового спора). Все эти положения аходят закрепление в виде более частных норм в отраслевых кодек-

---

.Summers. Dartmouth, 1991, p. 310.
[1]) Interpreting Statutes..., p. 300.
[2]) Interpreting Statutes..., c. 311.

сах и различного рода законодательных актах, но применительно к конституционному праву они действуют именно как максимы права, поскольку, как правило, не находят в текстах конституций прямого выражения. В то же время они подразумеваются всеми как общепринятые, что дает основание считать их общими местами. Общие места этого типа относятся к формальным условиям, выполнение которых необходимо для того, чтобы начать обсуждение проблемы.

Приведем пример использования принципа ultra vires в качестве аргумента из практики Конституционного Суда России (далее: КС РФ): «Конституция Российской Федерации исключает возможность установления налогов и сборов органами исполнительной власти. Установив лицензионный сбор за поселение в Московской области, Глава администрации Московской области вышел за пределы своих полномочий и в нарушение статьи 57 Конституции Российской Федерации вмешался в сферу деятельности законодателя».[1] А вот пример использования максимы права из рассуждения КС Германии: «Основной принцип «nulla poena sine culpa» имеет ранг конституционной нормы. Любое наказание должно иметь справедливое отношение к серьезности нарушения и вине нарушителя».[2]

## II. Текст закона («буква» нормы права)

Максимы права задают самые общие границы, в которых движется юридическая аргументация, но непосредственно первым шагом в содержательном анализе правовой проблемы является обращение к тексту закона, подлежащего применению. Самым простым типом аргумента будет тот, что буквальный смысл текста законодательного акта не позволяет или, наоборот, требует применить его в данном споре. Интерпретацию, основанную на букве закона, называют лингвистической, а также грамматической, текстовой, буквальной, строгой, или формальной. Ее использование основано на предположении, что для любого дела существует только одно правильное обоснование (ratio), и что это обоснование можно найти, поскольку правовой дискурс имеет только одно значение, которое мы в состоянии обнаружить с использованием обычных семантических операций. Для обнаружения этого значения суд обращается к так называемому «явному смыслу» текста. Если членов

[1]) Пост. КС РФ от 4 апреля 1996 г. ВКС, 1996, №2, с. 52.

[2]) Дело о пожизненном заключении. BVerfGE 187 (1977). Здесь и далее решения КС Германии цитируются по сборнику: Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press. Durham and London, 1989, p. 316.



суда результат, полученный в результате такого толкования, устраивает, они могут не принимать далее во внимание аргументы сторон, направленные на иное толкование нормы права.

Трудность состоит в том, что «явного» значения слова в принципе не существует. В большинстве семантических учений разделяется точка зрения, что у слов всегда много значений, что конкретное значение ограничено контекстуально и синтаксически и что ни у одного слова нет ни одного из значений, которое было бы раз навсегда определенным и стабильным. В любом случае суду предстоит решать, в каком из значений — общеупотребительном, терминологическом, контекстно-определенном — употреблено слово, и аргументировать выбор своего толкования.

Большая часть юридических споров — это споры о том, что же конкретно сказано в том или ином законодательном акте, договоре, завещании или иного рода правовом документе. Судьи, решая спор, должны интерпретировать язык правовых актов для того, чтобы решить, почему же следует признать правильной одну из возможных интерпретаций и отвергнуть все остальные. Аргументы, которые они приводят в своем решении, содержат своеобразный лингвистчиеский анализ рассматриваемых правовых документов. «Аргументы, приведенные в судебном решении, будут, следовательно, лингвистическими аргументами, т. е. аргументами за то, почему рассматриваемый текст должен привести к выигрышу той, а не этой стороны».[1] При этом судьи далеко не всегда последовательны в своем анализе и то и дело выдвигают новые и новые теории в поддержку своего решения. Однако, как мы увидим далее, чисто лингвистический анализ текста не всегда приводит к такому результату, который бы мог удовлетворить судью и стороны, заинтересованные в разрешении дела. Это происходит из-за того, что нет прямой связи между лингвистическими принципами, с одной стороны, и принципами справедливости, лежащими в основе права, с другой. Попытки «примирить» их, предпринятые с помощью герменевтики и философии права, не увенчались успехом, в чем признавался один из немногих исследователей, занимавшихся данной проблемой, Лоурэнс М. Соулэн: «Когда суд полагается на лингвистический аргумент для оправдания принятого решения по делу номер один, применение того же лингвистического аргумента в деле номер два может привести к несправедливому решению, что, в свою очередь, заставляет судью во втором случае либо полностью отказаться

[1]) Solan, Lawrence M. The Language of Judges. – The University of Chicago Press, Chicago and London, p. 11. См. здесь же рассуждения об использовании лингвистического анализа судьями.

от лингвистического аргумента, либо найти такой лингвистчиеский аргумент, который приведет к желаемому результату. Таким образом, довольно часто мы обнаруживаем, что лингвистические принципы существуют бок о бок с противоположными им принципами, и ни одна теория не говорит нам, когда надо применять исходный принцип, а когда следует прийти к противоположному результату, применяя принцип противоположный».[1] Задача топической юриспруденции — доказать, что риторическая топика может претендовать на роль такой теории.

Поиск принципов интерпретации, подходящих к той или иной ситуации, движется от буквального толкования к расширительному.

«Буква закона» как общее место является «хранилищем» целого ряда аргументов, основанных на выборе того или иного значения слова из ряда возможных и приемлемых в данной ситуации, и может включать следующие шаги для поиска аргументов.

1) Обращение к общелитературному (обычному) значению слова

Рассмотрим следующие примеры. В аргументации по делу «Ольмстед и др. против Соединенных Штатов»[2] Верховный Суд США столкнулся с необходимостью интерпретировать Четвертую поправку к Конституции, устанавливающую, что «право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов не должно нарушаться». Суд решил, что телефонный разговор не относится к «личности, жилищу, бумагам и имуществу», неприкосновенность которых от вмешательства государства гарантируется, и следовательно полиция вправе тайно поставить жучка и прослушать телефонный разговор, если только при этом она не проникает в квартиру. При этом суд рассуждал так: «Принцип расширительного толкования, применяемый к Поправке для достижения ее цели в интересах свободы, не оправдывает расширения ее значения за пределы возможного практического значения слов «личность, жилище, бумаги и имущество», или расширения значения слов «обыски и аресты» до запрещения прослушивания или просматривания». Он аргументировал свое решение тем, что в данном случае не было «обыска и ареста», для проведения которых необходимо получение ордера, поскольку в соответствии со своим буквальным значением слова «обыск» и «арест» могут относиться только к материальным, осязаемым предметам (людям, строениям, бумагам, имуществу). Именно поэтому для вскрытия писем или посылок, например, требуется ордер суда, а для прослушивания телефонных разговоров — не требуется.

[1]) Solan, Lawrence M. The Language of Judges..., p. 6.

[2]) Olmstead et al. v. United States (277 US 438 (1928). Здесь и далее сноски на решения Верховного Суда США делаются в соответствии с принятой практикой их цитирования в Соединенных Штатах: 1) наименование дела (включающее наименование истца и наименование ответчика), 2) номер тома официального издания, в котором опубликовано дело, 3) официальная аббревиатура издания (U.S. является официальной аббревиатурой издания United States Supreme Court Reports), 4) страница данного издания, с которой начинается текст судебного решения, 5) год издания.



В деле *«Дред Скотт против Сэнфорда»* суд исходил из того, что «слова *народ Соединенных Штатов* и *граждане* являются синонимичными терминами и означают одно и то же. Они оба описывают политическое сообщество, которое... образует суверенитет и которое обладает властью и формирует Правительство через своих представителей. Они обозначают то, что мы привычно называем «суверенный народ», и каждый гражданин является одним из представителей этого народа и составной частью этого суверенитета». Основываясь на этой посылке, суд признал, что рабы не являются частью народа и составной частью суверенитета, а следовательно, и не являются гражданами, имеющими право на обращение в суд: «И история того времени, и язык, использованный в Декларации Независимости, показывают, что ни класс лиц, импортированный в качестве рабов, ни их потомки... не воспринимались тогда как часть народа...».[1]

В деле *«Гиббонс против Огдена»*[2] также использован аргумент от общелитературного значения слова. В разделе 8 статьи 1 Конституции содержится исчерпывающий перечень полномочий Конгресса, в который входит, в частности, право «регулировать коммерцию с иностранными нациями и среди нескольких штатов». Для разрешения спора было необходимо найти ответы на три вопроса: 1) относится ли управление паромной переправой к «коммерции», 2) если это «коммерция», то является ли переправа между Нью-Йорком и Нью-Джерси коммерцией «среди» (among) нескольких штатов, и 3) относится ли выдача разрешения на организацию паромной переправы к «регулированию»? Вот аргументация суда: «Вся... Америка понимает, и всегда однозначно понимала, слово «коммерция» как включающее навигацию. Оно так понималось, и должно было пониматься именно так, когда писалась Конституция... Слово, употребленное в Конституции, следовательно, включает и всегда понималось как включающее в свое значение навигацию; и Конгресс столь явно наделен полномочием регулировать

[1]) Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857))

[2]) Gibbons v. Ogden (22 U.S.1 (1824))

навигацию, как если бы этот термин был добавлен к слову «коммерция». Далее суд продолжил: «Слово «among» значит «перемешан с». Вещь, которая находится среди других, перемешана с ними. Коммерция «среди» штатов не может остановиться у внешней границы каждого штата... И если торговля начнется между двумя удаленными друг от друга штатами, разве не должна она начаться в одном, закончиться в другом и, возможно, пройти сквозь третий?... Коммерция «среди» штатов должна необходимо быть коммерцией **со** штатами». Что же касается слова «регулировать», то суд истолковал его как «предписывать правила, по которым должна осуществляться коммерция». К тому же суд добавил, что «поскольку слово «регулировать» по своей природе предусматривает полную власть над предметом регулирования, оно непременно исключает действия всех остальных, состоящие в выполнении той же операции над той же вещью».

На интересный пример буквального толкования текста нормы права в Австралии ссылается в своей книге Джулиус Стоун. Он пишет о том, что лорд Райт в деле James v. Commonwealth при толковании статьи 92 Конституционного Закона Содружества Австралии 1900 года, предписывающей, что «торговля, коммерция и сношения между штатами абсолютно свободны», отказался признать наличие исключений из этого положения для перевоза контрабандных товаров. Лорд Райт, в частности, аргументировал свое решение тем, что, хотя создатели австралийской конституции и не имели, и не выразили намерения включить в понятие «торговли, коммерции и сношений» противозаконный бизнес и нелегальную деятельность, однако использовали словесную формулу, включающую все эти действия, следовательно, так и надо толковать данную статью. Таким образом, судья интерпретировал норму исключительно исходя из требований самого языка, не принимая в расчет «намерения законодателя». Однако о том, что такой подход является довольно редким, свидетельствует уже тот факт, что, по оценке юристов, лорд Райт в этом деле «пошел нетрадиционным путем». Впрочем, позиция лорда Райта согласуется с мнением классика русской юридической мысли Е.В. Васьковского, утверждавшего, что судья должен, конечно, руководствоваться мыслью законодателя, но «не той, которую законодатель таил про себя, но совершенно *не выразил* в законе, а той, которая так или иначе выражена им в утвержденном и опубликованном тексте закона... изменять же текст согласно той мысли, которой законодатель абсолютно не выразил, а только хотел выразить, нельзя, ибо это значило бы самовольно возводить в закон то, что не имеет его силы».[1]

[1]) Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). — Москва, «Городец», 1997, с. 16.



КС Германии прибегает к аргументу из стандартного значения слова при толковании понятия «экономическая деятельность». В *Деле инженера* (1969) суд столкнулся с необходимостью определить, относится ли установление квалификационных требований для работы в качестве инженера к «экономической деятельности (горному делу, промышленности, энергетическому хозяйству, ремеслу, кустарной промышленности, торговле, банковскому и биржевому делу, частному страхованию)»?[1] КС решил, что предмет регулирования в данном случае не может считаться «экономическим вопросом»: «„Экономическая деятельность“ в значении статьи 74 [11] распространяется на экономическую жизнь и коммерческую активность как таковую, в частности на процесс производства и распределения товаров...», но «установление стандартов образования и практической деятельности, необходимых для получения звания инженера, не является необходимым условием для реализации полномочий федерации по регулированию «экономической деятельности» в горном деле, промышленности и т. п.».[2]

В своих решениях КС Германии неоднократно указывал на то, что к буквальному, т. е. строгому, толкованию непременно следует прибегать во всех случаях, когда в тексте закона говорится о полномочиях федерального правительства, перечисленных в статье 70 [1] Основного Закона. В *Первом деле о телевидении* (1961) он столкнулся с необходимостью дать толкование понятия «телекоммуникационные службы» для того, чтобы определить, может ли федеральное правительство создать федеральную телевизионную станцию. Федеральное правительство исходило из того, что у него есть такое полномочие, поскольку есть право регулировать телекоммуникационные службы. Представители земель, в свою очередь, заявляли, что учреждение станции — это вопрос культуры, который входит в компетенцию земель. Если в Основном Законе не сказано, что федерация имеет юрисдикцию над делами культуры, значит, она ее не имеет. Суд решил, что понятие «телекоммуникационные службы» охватывает только технические вопросы теле- и радиовещания, а вопросы содержания программ относятся к сфере культуры. Поскольку право регулировать вопросы культуры оставлено за землями, федеральное правительство в лице канцлера Аденауэра превысило свои полномочия, приняв решение о создании федеральной телевизионной станции.

Комплекс проблем, возникающих при обращении к «буквальному» толкованию, предопределен лингвистическими проблемами определе-

[1]) Ст. 74 пункт 11 Конституции ФРГ.
[2]) Дело инженера (1969, 6BVerfGE 246).

ния значения слова. В то время как лингвисты в рамках различных семантических теорий обсуждают многообразие подходов к определению «значения»[1] и даже заявляют, что «мы не знаем, что представляет собой «значение», мы только знаем, что значение есть»,[2] юристы спокойно призывают к поискам буквального значения и, похоже, не особо задумываются о том, что в этом может быть какая-то проблема.

В то же время трудность определения значения некоторых слов и отсутствие авторитетного для судей толкования приводит к тому, что аргумент к общеупотребительному значению слова не всегда вызывает согласие и присоединение аудитории. Примером может служить спор между Андреем Козыревым и Владимиром Жириновским. Статья 152 Гражданского Кодекса РФ гласит, что «гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию **сведений** (выделено мною — А.С.), если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности». Андрей Козырев, назвавший Жириновского «фашистом» и выступавший ответчиком по иску о клевете, обратился с жалобой в Конституционный Суд РФ, заявив, что «существуют определенные сведения, которые не могут быть предметом судебного опровержения, поскольку они являются выражением личного мнения и взглядов, оценочными суждениями того, кто их распространяет, и принуждение к отказу от них — это вторжение в область «мысли и слова», «мнений и убеждений», охраняемых статьей 29 Конституции».[3] Является ли политическая оценка «сведениями»? Являются ли «сведениями», достоверность которых необходимо доказывать в суде, такие слова как «коммунист» или «демократ»? Если значение слова «сведения» включает мнения и оценки, то налицо несоответствие закона Конституции, если же слово «сведения» в данном контексте означает только информацию о фактической деятельности, то вопроса о конституционности закона не возникает. Чем должен руководствоваться суд при определении значения слова в определенном контексте? Конституционный Суд РФ по формальным основаниям ушел от ответа на данный вопрос, оставив его решение на усмотрение обычных судов — в каждом отдельном случае с учетом конкретной ситуации.

[1]) Комлев Н.Г. Компоненты содержательной структуры слова, М., МГУ, 1969, с. 8–26.

[2]) W.Mues. Vom laut zum Satz. Meidelberg, 1964, s.12.

[3]) Определение Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Козырева Андрея Владимировича от 27 сентября 1995 г.



О трудностях буквального толкования говорит и случай из практики КС России, когда неясность возникла при толковании такого, казалось бы, простого понятия как «общее число депутатов Государственной Думы». Суду не удалось ответить на вопрос, означает ли выражение «общее число депутатов» число *фактически избранных* депутатов или то количество, которое *должно быть* избрано в соответствии с конституцией (т. е. 450 человек), основываясь лишь на «букве закона», и в поисках нужной интерпретации данного текста судьи были вынуждены обращаться к другим общим местам, таким как намерение законодателя, история разработки нормы, принципы и доктрины права и т. д.[1]

Удивительным выглядит толкование Конституционным Судом РФ статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, которая предусматривает, что «каждый при рассмотрении предъявленного обвинения вправе сноситься с *выбранным им самим защитником* и защищаться через его посредство». Право гражданина на самостоятельный выбор адвоката (защитника) было подтверждено и самим КС РФ.[2] Но в более позднем постановлении встречаем: «Однако по своему содержанию право на *самостоятельный выбор адвоката (защитника)* не означает право выбирать в качестве защитника любое лицо по усмотрению подозреваемого или обвиняемого и не предполагает возможности участия в уголовном процессе любого лица в качестве защитника».

Как показывает практика конституционных судов, они уже давно пришли к выводу, что буквальное толкование далеко не всегда эффективно и целесообразно, поэтому они используют его как неоспоримый аргумент лишь в тех случаях, когда такое толкование прямо совпадает с позицией суда. Апеллирование к буквальному толкованию смотрится очень убедительно, но используется скорее для оправдания уже принятого решения, чем для процесса познания содержания нормы права.

В то же время суды общей юрисдикции, особенно самой низшей инстанции, предпочитают именно буквальное толкование, как не требующее особой аргументации при мотивировке решения и вызывающее меньше нареканий со стороны апелляционных инстанций в случае несогласия последних с вынесенным решением.

[1]) Пост. КС РФ от 12 апреля 1995 г., ВКС, 1995, №№2-3.

[2]) Постановление КС РФ от 27 марта 1996 года по делу о проверке конституционности статей1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина.

Показателен такой случай. Законом[1] были установлены компенсации и льготы лицам, «эвакуированным (переселенным) или ***выехавшим*** добровольно ***из загрязненных населенных пунктов***». Следуя буквальному толкованию, суды отказали в получении льгот гражданину, который был эвакуирован (переселен) на другую, вновь построенную улицу, поскольку он «***не выехал из*** загрязненного населенного пункта». Челябинский областной суд посчитал, что действие закона не распространяется на лиц, переселенных ***в пределах*** населенного пункта.

Конституционный Суд РФ не согласился в данном случае с буквальным толкованием, потому что буквальное толкование «не отвечает целям и смыслу обжалуемого Закона, указанным в его преамбуле» — защитить права и законные интересы граждан, оказавшихся в зоне влияния неблагоприятных факторов, а также ставит граждан в неравное положение, лишая часть граждан их права на благоприятную окружающую среду и охрану здоровья.[2] В пункте 4 своего постановления КС отметил, что, следуя буквальному смыслу п.3 ст.1 Закона, правоприменительные органы, руководствуясь исключительно формальным критерием, лишают часть населения возможности защитить свои права и законные интересы.

КС РФ столкнулся также с необходимостью проанализировать правомерность буквального толкования фразы из Закона «О гражданстве Российской Федерации»: «***считаются состоявшими в гражданстве Российской Федерации***». Суд признал, что «считаются состоявшими в гражданстве» не может означать то же, что и «утратившие» гражданство, а означает то, «что такие лица считаются состоявшими в российском гражданстве по рождению не только в прошлом, до утраты ими гражданства бывшего СССР, но и после этого они продолжали и продолжают сохранять российское гражданство вплоть до момента, пока оно не будет прекращено на основании их собственного волеизъявления... Придание обжалуемой норме Закона в процессе правоприменительной практики смысла, фактически подтверждающего прекращение гражданства Российской Федерации по рождению без свободного волеизъявления гражданина, противоречит статье 6 (часть 3) Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой гражданин Российской Федерации не может быть лишен своего гражданства».[3]

[1]) Статья 1 п.3 Закона РФ от 20 мая 1993 г. «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие аварии в 1957 году на производственном объединении «Маяк» и сбросов радиоактивных отходов в реку «Теча».

[2]) Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ), 1996, №15, ст. 1768.

[3]) Вестник Конституционного Суда РФ (далее — ВКС), 1996, №3.



Самое любопытное в рассуждениях суда то, что он, опровергая правоприменительную практику, основанную на буквальном толковании причастия прошедшего времени «состоявшими» как относящегося исключительно к прошлому, пытается обосновать возможную отнесенность данного причастия и к настоящему (который состоял и продолжает состоять), обосновывая необходимость такого толкования экстралингвистическими факторами, такими как положения международного права, требования Конституции, равенство прав и свобод всех граждан и даже понятие достоинства личности, которое умаляется при произвольном лишении человека гражданства. В данном случае суд толкует текст нормы права таким образом, что практически создает новую норму при сохранении ее старого словесного выражения. Это вызвано тем, что буквальное толкование оказывается несовместимым с представлением общества о справедливости, которое должно лежать в основе системы права. Именно поэтому суды не прибегают к нему, когда его применение явно ведет к несправедливому решению.

Парадоксально, но ни в одном из решений суды не обращались за выяснением значения слова к толковым словарям, предпочитая исходить из своего собственного понимания значения слова. Это говорит лишь о том, что, на самом деле, вопреки общераспространенному утверждению юристов, при толковании законодательного текста речь идет вовсе не об «уяснении смысла»,[1] «уяснении содержания»[2] норм или «разъяснении того, что уже содержится в норме», а о поиске аргументов в поддержку толкования, избранного судом в соответствии с его собственной позицией по делу. Из этого следует, в свою очередь, то, что любое изучение толкования в праве вне риторического контекста, т. е. в отрыве от конкретной ситуации и ориентации на восприятие решения аудиторией, делает такое изучение неполным и бесперспективным.

2) Обращение к терминологическому значению слова

«Законодательный текст — это не обычное литературное произведение. В нем употребляется целый ряд специальных терминов... Специальные юридические термины (например, истец, неустойка, дознание) вырабатываются правоведением и создаются законодателем».[3] Как правило, текст законодательных актов включает дефиниции используемых в нем

[1]) «Общая теория права». Учебник для юридических вузов под ред. А.С. Пиголкина. М., Изд-во МГТУ им. Баумана, 1995, с. 285.

[2]) «Общая теория права и государства», под ред. В.В. Лазарева. М., «Юрист», 1994, с. 177.

[3]) «Общая теория права и государства», под ред. В.В. Лазарева..., с. 285.

ключевых терминов. Однако это не относится к текстам конституций, котоыре дефиниций не содержат. Подобным образом, тексты законов и кодексов зачастую не содержат дефиниций широко распространенных юридических терминов или терминов других отраслей знания, особенно технических. Это позволяет суду и сторонам использовать толкование термина в тактических целях и, соответственно, приводить разного вида аргументы в поддержку того или иного выбора значения термина.

Сравним два текста: «каждый задержанный... имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания...» (ст. 48 ч. 2 Конституции РФ) и «в качестве защитников допускаются лишь адвокат по предъявлению ордера юридической консультации и представитель профессионального союза или другой общественной организации...» (ч. 4 ст. 47 УПК). На основании текста УПК не допускаются к защите частнопрактикующие юристы, получившие лицензию органов юстиции, но не являющиеся членами коллегии адвокатов. Вопрос, поставленный перед судом: противоречит ли положение УПК тексту Конституции? Судья Э.М. Аметистов в особом мнении рассуждал следующим образом: «В данном случае необходимо ответить на вопрос: использует ли Конституция... термины «адвокат» и «защитник» в качестве синонимов или предполагает, что один из них по содержанию шире другого? Если исходить из предположения, что они используются как синонимы, то есть тождественные по содержанию слова, то придется прийти к выводу, что термин «защитник», помещенный в скобках, имеет своей единственной целью лишь разъяснение значения термина «адвокат». Такой вывод был бы весьма сомнительным, учитывая, что термин «адвокат» с давних пор широко распространен в российской лексике и современный читатель Конституции вряд ли нуждается в его разъяснении. Из анализа значений слов «адвокат» и «защитник» в толковых словарях современного русского литературного языка следует, что слово «адвокат»уже по сфере употребления, так как относится только к деятельности профессиональных юристов. Слово «защитник» — шире, так как относится к деятельности любого лица, занимающегося защитой или представительством чьих-либо интересов в суде, судопроизводстве. Отсюда можно сделать вывод, что, используя это слово в части 2 статьи 48, Конституция предоставляет гражданам право пользоваться юридической помощью не только адвокатов, то есть членов коллегии адвокатов, но и других защитников».[1]

[1]) Постановление Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В.Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова» от 28 января 1997 года, СЗ, 1997, №2, сс. 1523–1536.



Однако судей КС не удовлетворил такой аргумент. Лоббирование интересов коллегии адвокатов, которое прямо не звучало в аргументации суда, оказало решающее влияние на его подход к толкованию терминов в данном деле. Тот факт, что в основе интерпретации терминов «защитник» и «адвокат», примененной судом, лежали не лингвистические соображения, говорит о том, что практической целью толкования в праве является вовсе не «уяснение смысла» слов, а поиск доводов в оправдание принятого решения.

Данное дело ставит еще ряд вопросов. Как определить, используются ли слова «адвокат» и «защитник» в тексте Конституции в их общеупотребительном значении или как термины? Для юристов эти два слова не синонимичны, в то время как в общелитературном языке они являются полными синонимами, о чем свидетельствует дефиниция, данная в словаре иностранных слов: «Адвокат (от лат. advocatus) — юрист, оказывающий профессиональную правовую помощь посредством консультации, защиты обвиняемого на суде и т. д.; защитник».[1]

К сожалению, нет исследований в области терминологии права, которые позволяли бы отделить использование слова в законодательном акте в его терминологическом значении от использования его в общеупотребительном значении. Практически каждому слову в тексте нормы права, вызывающему неясность, в результате судебной практики вышестоящим судом дается определенное толкование, являющееся обязательным для нижестоящих судов. Становится ли при этом обычное слово термином? Являются ли терминами слова «постройка», «жилище»? К каким источникам следует обращаться, если возникнет необходимость в дефиниции данных слов, а судебная практика таких дефиниций еще не дала?

Трудность апелляции к терминологическому значению слова состоит и в том, что необходимо отличать юридические термины от правовых концепций, что легко в теории, но тяжело на практике. Например, такие слова как «право», «юридическое лицо», «владение», «собственность» могут являться и терминами, и концепциями. «Более того, если бы было возможно на каком-то этапе создать специальную номенклатуру философских правовых концепций, многие специальные термины философии права немедленно стали бы проникать в язык права и перемешиваться с отличными от них, но сходными юридическими терминами».[2] Джулиус Стоун относит к числу фундаментальных правовых концепций такие как «правопорядок», «правовая норма», «предмет

[1]) Современный словарь иностранных слов. М., «Русский язык», 1993, с. 21.
[2]) Stone, Julius. Opp. cit., p. 206.

права», «правоотношение», «правомерное поведение», «правовое предписание», «правовое разрешение».

Как мы должны рассматривать слово «свобода» в тексте Четырнадцатой поправки Конституции США («ни один штат не должен лишать кого-либо жизни, свободы или собственности без надлежащей процедуры»): как термин или как слово в его обычном, стандартном значении? Является ли запрет на производство абортов или введение процедуры, предусматривающей получение разрешения на аборт, ограничением «свободы» женщины в смысле этой поправки? Когда Верховный Суд США, решая этот вопрос, говорит, что «в центре свободы лежит право каждого создавать свою собственную концепцию существования, смысла, вселенной и тайны человеческой жизни»,[1] то, вероятно, он скорее формирует концепцию свободы, чем дает толкование термина, употребленного в тексте правового акта.

Итак, где же искать выход? Первая возможность, которая приходит на ум, это обращение к словарям — общим и терминологическим. Например, надо определить термин «собственность». Стандартное значение слова, как его дает толковый словарь Вебстера, — «владение, обладание; вещь, находящаяся во владении, особенно недвижимость».[2] Самый авторитетный американский *юридический* словарь — словарь Блэка — определяет собственность как «то, что принадлежит исключительно кому-то. В строго правовом смысле — совокупность прав, которые гарантируются и охраняются государством. Термин используется как относящийся ко всем видам ценных вещей и интересов. Более конкретно — владение; неограниченное и исключительное право на вещь: право распоряжаться вещью любым законным образом, обладать ею, использовать ее без вмешательства кого-либо еще...».[3] Однако, как уже говорилось выше, случаев обращения к толковым словарям в судебной практике не наблюдалось. Скорее наоборот — юридические толковые словари в своих дефинициях учитывают то значение, которое сложилось у слова в результате правоприменительной практики. Например, именно на основании судебного решения Верховного Суда США по *делу Бойда*[4] американские юридические словари указывают, что из понятия «собственность» исключаются контрабанда; товары, запрещенные к ввозу без уплаты пошлин; украденные вещи; орудия совершения преступления.

[1]) Planned Parenthood v. Casey, 112 S.Ct. 2791 (1992).

[2]) The New American Webster Handy College Dictionary, Signet.

[3]) Henry Campbell Black, M.A. Black's Law Dictionary. $6^{th}$ ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1991, p. 845–846.

[4]) Boyd v. U.S. (116 U.S. 616 (1886).



А что означает термин «закон»? КС РФ истолковал фразу из ст. 57 Конституции РФ «законно установленные налоги и сборы» как налоги и сборы, взимаемые именно на основе **закона**, а не какого-либо другого правового акта: «Налоги, взимаемые не на основе закона, не могут считаться «законно установленными». Исходя из этого плата за поселение в Московской области, установленная **распоряжениями** Главы администрации Московской области, не является «законной».[1] Если принять во внимание дефиницию слова «закон», данную в юридическом словаре, то станет очевидно, что в данном случае суд истолковал это слово в узком, терминологическом значении: «Закон — в широком смысле слова все нормативно-правовые акты в целом, все установленные государством общеобязательные правила. В собственно юридическом смысле З. — нормативный акт, принятый высшим представительным органом власти либо непосредственным волеизъявлением населения (напр., в порядке референдума) и регулирующий наиболее важные общественные отношения».[2]

Интересно заметить, что в текстах разных законодательных актов одним и тем же словам часто даются разные дефиниции (например, разное значение имеет «член семьи» в жилищном, семейном, наследственном праве). Значит ли это, что юридическая практика не имеет дела с терминами в чистом виде, ибо термин по своей природе не может быть многозначным? Или это говорит о том, что не существует единой терминологической системы права, а существуют лишь терминологические системы отдельных отраслей права? Или это говорит исключительно о недоработках в юридической технике? Вопрос снимается, если принять точку зрения Джулиуса Стоуна, который пишет, что в тех случаях, когда законодатель включает дефиницию термина в текст законодательного акта в виде «X — это...», на самом деле мы имеем дело вовсе не с дефиницей термина. «Подобная «дефиниция», хотя она и оговорена, устанавливается законодателем. В силу этого ее назначение состоит не в том, чтобы объяснить, **что** подразумевается под данным термином, а скорее в том, чтобы установить норму права, требующую, чтобы термин рассматривали так, как *если бы* он имел приписанное ему значение, а следовательно, задействовать все остальные нормы права, в которых факты, трактуемые в соответствии с введенным значением, будут выполнять роль условий действия нормы».[3] Таким образом, для норм права, применение которых зависит от трактовки таких терминов

[1]) Пост. КС РФ от 4 апреля 1996 г., ВКС, 1996, №2, с. 52.

[2]) Юридический энциклопедический словарь под ред. А.Я.Сухарева, М., 1984, с. 100.

[3]) Stone, Julius. Legal System and Lawyers' Reasoning..., p. 208.

как «убийство», «грабеж», «разбой» и т. п., установление законодателем дефиниций, в соответствии с которыми то или иное деяние будет или нет подпадать под эти термины, является актом правотворчества, хотя бы оно и было направлено также на уточнение стандартного значения слова.

В большинстве случаев толкование терминов, дефиниции которых не содержатся в тексте самого акта, дается судебной практикой. В странах с прецедентной системой права значение юридических терминов устанавливается в судебных решениях. В России толкованием терминов занимаются вышестоящие суды в своих разъяснениях, основанных на анализе судебной практики по определенным категориям дел. Собственно, в этом есть определенный элемент прецедентного права, однако лишенный его, пожалуй, самого важного достоинства: гибкости, приобретаемой за счет возможности «наращивать», расширять значение термина.

Широко известны американским ученым попытки суда определить, что же означают слова «unreasonable searches and seazures» («необоснованные обыски и аресты (конфискация, изъятие, задержание)». Например, является ли «изъятием» требование обязательной предварительной сдачи анализа крови и мочи на следы алкоголя и наркотиков перед выходом на работу? Или прослушивание телефонного разговора? Или требование предоставить личные бумаги и документы для осмотра их судом? А является ли «обыском» осмотр теплицы в усадьбе сквозь открытые окна с высоты 400 футов при помощи вертолета? И если являются, то в каком случае их можно считать «обоснованными»? Слова, первоначально использованные в тексте Конституции не как термины, в результате ряда судебных решений стали получать свое терминологическое значение, причем семантическое поле этих терминов с каждым новым решением увеличивается в своих размерах.

Первоначально «обоснованный» означало только «проведенный в соответствии с судебным ордером, выданным при наличии **оснований полагать, что**... (upon probable cause)». Затем было решено, что баланс интересов — *государства* по охране безопасности жизни и *личности* по охране своей частной жизни от вмешательства государства — в некоторых случаях требует признания обыска или задержания «обоснованным» и без ордера, и без вероятного основания, если у полиции есть **«обоснованное подозрение** (reasonable suspicion)» (*дело «Терри против Огайо»*).[1] Позже «обоснованным» стал считаться обыск и арест, когда «специальная необходимость, выходящая за пределы обычной необходимости в охране правопорядка, делала получение ордера в соответствии с требованием наличия оснований полагать (probable-cause) невыполнимым» (*Гриффин против штата Висконсин*).[1] А в 1989 году в деле *Скиннера*[2] суд признал, что могут быть признаны «обоснованными» и такие случаи обыска и изъятия, когда нет ни ордера, ни обоснованного подозрения конкретного человека в совершении правонарушения, если это необходимо для предупреждения угрожающих последствий. Как мы видим, последнее толкование позволяет признать практически любое вмешательство полиции «обоснованным» (кстати, в связи с этим отпала необходимость для оправдания действий полиции расширять толкование терминов «обыск» и «арест»).

[1]) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)



Проблема с установлением значения терминов еще более обостряется там, где используются слова, выражающие оценочные понятия. В деле *«О Калкарской атомной станции»*[3] КС Германии столкнулся с необходимостью решить вопрос о том, являются ли слова «надежность» и «все необходимые предосторожности в свете существующих научных знаний» достаточно определенными для того, чтобы «Закон об Атомной Энергии», их содержащий, считался обеспечивающим защиту прав граждан на жизнь и личную неприкосновенность. Суд признал, что «используя неопределенные правовые термины, (законодательный орган(перекладывает трудности придания этим терминам специфического, обязывающего содержания, соответсвующего уровню научных и технологических достижений, на административный и... судебный уровни». Далее суд стал рассуждать о том, насколько правомерно использование в тексте закона таких «неопределенных терминов». Чтобы решить, соответствует ли практика в той или иной области «общепринятым техническим правилам», достаточно пригласить специалистов из соответствующей области, но при этом за бортом останутся новейшие технологии, в то время как термин «существующие научные знания» заставляет обратиться правоприменителя к самым новым научным и технологическим разработкам. Следовательно, решил суд, «это находится целиком во власти законодателя — использовать ли неопределенные правовые термины или точную терминологию... Словесное выражение пункта 7 (2) № 3 Закона об Атомной Энергии, которое открыто для будущих находок, служит динамичной защитой фундаментальных прав... Мы должны терпеть некоторую неопределенность в законе, во всяком случае там, где в противном случае законодатель был

[1]) Griffin v. Wisconsin, 483 U.S. 868 (1987)

[2]) Skinner v. Railway Labor Executives' Association (109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed. 2d 639 (1989))

[3]) 49 BverfGE 89 (1978)

бы вынужден разработать непрактичные указания или воздержаться от указаний вовсе... В самом деле, определенность должна быть тем ниже, чем выше серьезность характера и последствий вреда. Делая ссылку на существующие научные знания и технологии, закон вынуждает исполнительную власть следовать принципу наилучшей возможной защиты от опасности и риска...» В подобных случаях законодатель имеет право использовать широкие и расплывчатые формулировки с тем, чтобы жизнь наполняла их конкретным содержанием, наиболее адекватно соответствующим действительности.

Если слово из правового акта, которое подлежит толкованию, является термином какой-либо другой науки или отрасли знания, то приходится прибегать к использованию соответствующих справочников, отраслевых словарей, обращаться к помощи специалистов. Такая потребность может возникнуть, например в тех случаях, когда текст закона регулирует отношения в промышленности или на производстве (технические термины), в здравоохранении (медицинские термины), экономике и налогообложении (термины экономической науки и бухгалтерского учета) и т. п. Подобные термины обычно не определяются в нормативных актах.

Следует отметить, что в конституционном праве обращение к данному топу следует использовать с осторожностью. Дефиниции из отраслевых словарей могут служить аргументом, толчком для развития мысли в процессе поиска решения, но не являются единственно возможным вариантом толкования, т. к. это противоречило бы принципу верховенства Конституции. Поиск нужной дефиниции в ряде других актов in pari materia (т. е. сходных по предмету регулирования). Например, для толкования фразы «место жительства» из текста Конституции РФ, провозглашающей, что «каждый имеет право свободно... выбирать место пребывания и жительства» (ст. 27), КС РФ обращается к ст. 20 Гражданского Кодекса, «согласно которой под местом жительства понимается место постоянного или преимущественного проживания гражданина».[1]

Требование единообразного толкования одного и того же понятия в актах in pari materia, хотя и является целесообразным, не носит обязательной силы. И все же с точки зрения языка достаточно сложно объяснить тот факт, что в постановлении Съезда народных депутатов России от 30 октября 1991 г. «О толковании понятия «общее число народных депутатов РСФСР», употребляемого в Конституции РСФСР», было указано, что под «общим числом народных депутатов» следует

[1]) СЗ, 1996, №16, ст. 1909.



понимать количество ***фактически*** избранных народных депутатов, а в решении КС РФ от 12 апреля 1995 года под той же фразой было предложено понимать число депутатов, которое ***должно быть избрано*** в Государственную Думу в соответствии со статьей 95 ч. 3 Конституции, т. е. 450 депутатов.

Иногда использование дефиниций, содержащихся в одном акте, для толкования терминов из другого акта невозможно, так как эти акты могут иметь разные цели. Поясним это на примере. Допустим, налоговое законодательство предусматривает обложение налогом «жилых помещений», но не предусматривает налога на «автотранспортные средства». Должны ли в таком случае облагаться налогом трейлеры, припаркованные в течение длительного времени в кемпинге, если она используются для проживания людей? На каком основании суд будет решать, являются ли трейлеры «жилыми помещениями» для целей налогообложения, и чем он будет аргументировать выбор того или иного решения? Какие законы мы должны считать в данном случае подходящим контекстом для толкования: из области права жилищного, гражданского, экологического (например, в них могут содержаться требования экологической безопасности, предъявляемые к жилым помещениям)? Налоговая инспекция может в поисках толкования обратиться и к словарям (общеупотребительное значение слова), и к другим законам (дефиниции терминов), и дать свое собственное толкование, если ей это более выгодно. Например, она может привести в суде аргументы, обращаясь к цели закона о налогах, который был направлен на то, чтобы собрать их со всех, кто не является бездомным, а полученные средства направить на строительство приютов для тех, кто не имеет вообще никакой крыши над головой. Выбор линии аргументации (и варианта интерпретации текста) будет осуществляться ей с учетом риторического контекста, то есть будет ориентирован на цель дискурса и аудиторию, которую надлежит убедить в правильности принятого решения.

Общий круг проблем подобной интерпретации связан с тем, что многие правовые термины будут иметь в различных контекстах различное значение. Так, например, термин «государство» в одних правовых актах может употребляться в значении «нация» или «страна», а в других — в значении «органы государственной власти»; разное наполнение в российских законодательных актах будет иметь термин «члены семьи», включая в одних случаях только прямых родственников по восходящей и нисходящей линиям, включая связанных отношениями усыновления (семейное право), в других — всех кровных родственников, проживающих совместно (например, в жилищном законодательстве).

Именно поэтому следующим этапом поиска значения слова и аргументов в пользу его выбора является обращение к контексту.

3) Обращение к структуре и взаимоотношению частей текста («контекстно-гармонизирующие» аргументы)

Рассмотрим пример из практики Верховного Суда США: «Ответчик по апелляции и некоторые amici[1] утверждают, что зародыш является «лицом» в соответствии с языком и значением Четырнадцатой Поправки. В поддержку этого они пространно и подробно излагают общеизвестные факты о развитии зародыша». Чтобы опровергнуть такую точку зрения, Верховный Суд тщательно анализирует весь текст Конституции: «...Конституция не так много слов отводит определению «лица». Раздел 1 Четырнадцатой Поправки содержит три ссылки на «лицо». Первая, определяя понятие «граждане», говорит о «лицах, родившихся или натурализованных в Соединенных Штатах». Это слово также появляется еще дважды в положениях о «надлежащей судебной процедуре» и о «равной защите». Слово «лицо» используется и в других частях Конституции: в перечне квалификационных требований для представителей и сенаторов, Ст. I, § 2, п. 2 и § 3, п. 3; в положении о пропорциональном распределении, Ст. 1, § 2, п .3; в положении о перемещении или ввозе лиц, Ст. I, § 9, п. 1; в положении о вознаграждениях, Ст. 1, 9, п. 8; в положениях о выборщиках, Ст. II § 1, п. 2 и п. 3... Но почти во всех этих примерах использование слова таково, что оно применимо только к родившимся. Ничто не указывает, при любой степени вероятности, на его какое бы то ни было возможное пренатальное применение.

Всё это, наряду с нашим вышеупомянутым замечанием, что на протяжении почти всего 19 века практика производства большей части законных абортов была намного свободней, чем сегодня, убеждает нас в том, что слово «лицо», как оно употреблено в Четырнадцатой Поправке, не включает еще не родившееся...».[2]

Статья 12 Основного Закона Германии гласит, что «все немцы имеют право свободно избирать для себя профессию, место работы

[1]) Amici или amici curiae (лат.) — досл. «друзья суда»; в американском праве — лица, не являющиеся участниками процесса, но заинтересованные в его исходе и обратившиеся с ходатайством в суд о предоставлении им права выступить или изложить свое мнение по поводу происходящего в суде; в большинстве случаев это представители правозащитных организаций, медицинских кругов, правительства, которые считают, что судебное решение может затронуть интересы широкой общественности.

[2]) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).



и место получения образования». Для решения вопроса о том, согласуется ли с данным положением конституции введение государством количественных ограничений на определенные виды практики (например, путем выдачи установленного числа лицензий), КС был вынужден обратиться к толкованию данного положения в свете его места в общей структуре акта. В частности, суд заметил, что конституцией установлено, что «занятие профессией может регулироваться законом или на основе закона». Отсюда следует, далее, что для решения вопроса необходимо провести различие между «занятием профессией» и «выбором профессии»: «Получение профессии представляет одновременно и выбор занятия, и начало его практического осуществления. В самом деле, выбор занятия не может быть продемонстрирован, пока не начата практика... Обе концепции представляют собой сложное единство и, хотя представляют его с разных сторон, инкорпорированы в понятие «деятельности по призванию». При этом суд пришел к выводу, что, в то время как выбор профессии остается «свободным», занятия практикой могут подвергаться ограничениям. Он указал, что язык текста конституции «не допускает интерпретации, которая предполагает равную степень законодательного контроля над каждым из этих «аспектов»... Эта интерпретация согласуется с основными концепциями Конституции и с образом человека, воплощенным в этих концепциях».[1]

Толкование отдельных частей целого через их отношения в этом целом — достаточно распространенный герменевтический принцип. Традиционность данного подхода достаточно часто обеспечивает успех основанной на нем аргументации. Наиболее активно прибегал к подобной аргументации самый прославленный Верховный Судья США Джон Маршалл, который создал доктрину конституционного надзора, провозгласив в деле ***Марбэри против Мэдисона*** право суда отменять законы и правовые акты исполнительной и законодательной власти, если они не соответствуют Конституции.

Руководствуясь, вне всякого сомнения, своими политическими взглядами, судья Маршалл всегда умудрялся найти правовые аргументы в обоснование нужного ему решения. В деле Марбэри он рассуждал так: «Судебная власть в Соединенных Штатах распространяется на все дела, возникающие на основе конституции. Имели ли те, кто дал эту власть, намерение сказать, что, применяя конституцию, в нее не следует заглядывать? Что дело, возникающее на основе конституции, должно разрешаться без исследования инструмента, на основе которого оно возникло? Это слишком экстравагантно, чтобы с этим согласиться.

[1]) Дело об аптеках, 1958, 7 BVerfGE 377.

В некоторых случаях, следовательно, судьи должны заглядывать в конституцию. И если вообще они могут ее открыть, то какую ее часть им запрещено читать или применять?»[1] Если же судьи должны обращаться к тексту конституции, то, в случае его конфликта с текстом законов, именно суд должен решить, какой закон будет править делом. Толкуя конституцию структурно и сопоставляя разные ее статьи, касающиеся природы судебной власти, судья Маршалл довольно смело вывел никогда не существовавшее до этого полномочие суда определять конституционность законов и отменять решения, основанные на применении актов, противоречащих конституции: «Конституция либо высший основной закон, который нельзя изменить обычным способом, либо она находится на одном уровне с обычными законодательными актами, и, как другие акты, подлежит изменениям, как только законодатель пожелает ее изменить. Если правдой является первая часть альтернативы, тогда законодательный акт, противоречащий конституции, не есть право; если правдой является последняя часть, тогда писаные конституции — это абсурдные попытки со стороны людей ограничить власть, по своей природе неограниченную».

В деле *«Бойд против Соединенных Штатов»*[2] суду предстояло решить, является ли «незаконным обыском и арестом» и «свидетельствованием против себя самого» требование к ответчику предоставить суду личные бумаги и документы, которые могут служить основанием для изъятия у него товаров, привезенных без уплаты надлежащей пошлины, и для возбуждения против него уголовного дела. Представитель государства настаивал на том, что требование представить бухгалтерские книги и документы не входит в понятие «обыск и арест». Однако суд на этот раз отказался от буквального толкования, решив, что такое требование неправомерно, ибо оно направлено на тот же материальный объект и с той же целью, что и при обыске и аресте. Суд подчеркнул, что «вовсе не выбивание дверей и не рытье в ящиках составляет суть нарушения того святого права, которое лежит в основе и определяет сущность решения лорда Кэмдена, а именно посягательство на... неотъемлемое право на личную безопасность, на личную свободу и на личную собственность в случае, когда это право не было ограничено в результате обвинения в совершении какого-либо правонарушения. Выбивание дверей и открывание шкафов и ящиков — это отягчающие обстоятельства, но любое насильственное или принудительное получение доказательств из показаний самого человека или из его личных

[1]) Marbury v. Madison (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

[2]) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).



бумаг с целью использования их для обвинения в совершении преступления или для изъятия его товаров осуждаются в этом решении. В этом отношении Четвертая и Пятая поправки практически врастают друг в друга... Мы уже заметили очень близкое отношение между двумя поправками. Они проливают большой свет друг на друга. Ибо «необоснованные обыски и аресты», не дозволяемые Четвертой поправкой, почти всегда производятся с целью заставить человека предоставить доказательства против себя самого, что в уголовных делах не дозволяется Пятой поправкой... И мы не можем признать, что изъятие личных книг и бумаг человека с целью использовать их против него как доказательство существенно отличается от принуждения его свидетельствовать против себя самого...».[1] Таким образом, суд признал, что он не связан **буквой** закона, а должен исходить из структурного анализа текста. Ни текст Четвертой, ни текст Пятой поправки сам по себе не был применим в данном случае, но, рассмотренные судом в их взаимосвязи, тексты данных норм провели судей к заключению, что требовать от лица предоставления личных бумаг, которые могут его изобличить, неконституционно. До дела Бойда судьи обычно интерпретировали язык конституции узко, но Бойд положил основание новому подходу. В нем судьи явно констатировали, что разработчики конституции стремились вовсе не к созданию буквально толкуемого текста, а к созданию достаточно широких по охвату ценностей.

Читать текст Четвертой и Пятой Поправки только вместе призывал и судья Блэк в деле *«Мэпп против Огайо»*.[2]

Особое значение аргументация от структурного единства текста конституции и взаимосвязанности ее частей имеет для Конституционного Суда Германии, который считает такой подход к толкованию текста одним из основных (второй подход основан на иерархическом порядке объективных ценностей).

В одном из самых ранних своих решений, в 1951 году, КС ФРГ писал: «...Отдельная конституционная норма не может рассматриваться как изолированное предложение и интерпретироваться сама по себе. Конституция обладает внутренним единством, и значение любой из ее частей связано со значением других положений. Взятая в единстве, конституция отражает определенные основополагающие принципы и фундаментальные решения, по отношению к которым индивидуальные

[1]) Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

[2]) Mapp v. Ohio (367 U.S. 643 (1961)) Следует заметить, однако, что в настоящее время Верховный Суд США более не придерживается структурного толкования двух поправок, примененного в деле Бойда в конце 19 века. Сегодня эти поправки толкуются каждая сама по себе.

положения носят подчиненный характер».[1] Подобный подход, взятый в качестве основополагающего, исключает чисто буквальное толкование положений законодательного текста, поскольку в тексте, воспринимаемом как логическое единство, «ни одно предложение или положение не может интерпретироваться независимо; оно должно быть рассмотрено в отношении ко всем другим предложениям и к Конституции в целом».[2] Как справедливо заметил американский профессор Морган Клауд, Верховный Суд США никогда не создавал единой, всеобъемлющей системы толкования конституционного текста, подобной той, что провозгласил в своем решении Конституционный Суд Германии и, в отличие от немецкого собрата, обычно интерпретировал положения Билля о правах именно как дискретные единицы текста.[3] Примеров применения аргументов, основанных на структуре акта и взаимоотношении частей, в американской судебной практике очень немного.

Аргументация от системной связи между различными нормами текста была применена КС РФ при толковании текста статьи 107-й Конституции: «Принятый федеральный закон в течение пяти дней направляется Президенту Российской Федерации для подписания и обнародования». Толкование понятия «принятый закон» потребовалось для ответа на вопрос, *кем* направляется закон Президенту: Государственной Думой или Советом Федерации. Суд привел следующие доводы: «Смысл используемого... понятия «принятый федеральный закон» раскрывается в системной связи с нормами статей 94, 105, 106 и части 3 статьи 107 Конституции... [...] Понятие «принятый федеральный закон»... относится к результату законотворческой деятельности обеих палат и, следовательно, отличается от понятия «принятый Государственной Думой федеральный закон» (части 1, 2 и 3 статьи 105, статья 106). Не совпадающее содержание этих понятий отражает специфику отдельных стадий законодательного процесса». Таким образом, суд признал, что «принятыми» являются законы: принятые Госдумой и одобренные Советом Федерации, в том числе принятые Госдумой и не рассмотренные Советом Федерации в установленный законом четырнадцатидневный срок; законы, повторно принятые Госдумой после их отклонения Советом Федерации; законы, отклоненные Президентом и вновь одобренные Госдумой и Советом Федерации.

В соответствии с этим суд решил, что «принятый федеральный закон должен направляться главе государства для подписания и обнародования той палатой Федерального Собрания, в которой завершается процедура принятия федерального закона».

1) Southwest State Case, BVerfGE 14 (1951).
2) Kommers, D. Цит.соч., с. 76.
3) Cloud, Morgan A., III. Structure and Values in Constitutional Interpretation. Emory Law Journal, vol. 40, 1991, p. 877.



При толковании ст. 98 Конституции РФ, гарантирующей депутатскую неприкосновенность, данный тип аргумента был применен для определения объема понятия «неприкосновенность парламентария». Истолковав статью 98 в ее соотнесении со статьями 22, 23, 24 и 25,[1] суд признал, что оно включает не только личную неприкосновенность, но и «неприкосновенность занимаемых им жилых и служебных помещений, используемых им личных и служебных транспортных средств, средств связи, принадлежащих ему документов и багажа».[2]

Контекстно-гармонизирующий подход, основанный на сравнении различных частей одного и того же текста (в данном случае текста конституции), следует отличать от системного подхода к толкованию, при котором контекстом признается вся совокупность законодательных актов или ряда актов in pari materia. Следует отметить, что при толковании Конституции суды, за исключением КС РФ, не обращаются к нормам других отраслей права. Конституция — акт высшей юридической силы, наиболее авторитетный текст, термины которого составляют высший уровень тезауруса лексических значений для юриспруденции. Кроме того, при попытках обратиться к нормам других отраслей права сравниваются уже не два текста (Конституции и спорного акта), а три или более, при этом текст собственно Конституции как бы «остается за кадром», выполняя роль идеальной модели, а не нормативного текста, имеющего прямое действие. При этом получается, что вместо выведения смысла и значения неясных мест текста конституции из их сопоставления с другими положениями текста самой же конституции, провозглашенными в ней целями и общей структурой документа, и вместо подведения определенных фактов или положений других нормативно-правовых актов под более общий язык Конституции, суд привлекает для толкования терминов более высокого

1) **Ст. 22**: «1. Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. 2. Арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов.» **Ст. 23**: «Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. 2. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допусукается только на основании судебного решения.» **Ст. 24**: «1. Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются.» **Ст. 25**: «Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения».
2) ВКС, 1996, №2, с. 16–17.

уровня термины из нижележащих, соподчиненных уровней, что нарушает стройность и упорядоченность всей системы.

Например, выше уже упоминалось, что для толкования термина «место жительства» статьи 27 Конституции РФ Конституционный Суд обращается к ст. 20 ГК РФ, в соответствии с которой местом жительства понимается место постоянного или преимущественного проживания гражданина.[1]

В деле о проверке конституционности актов Президента и правительства, касающихся событий в Чеченской республике, суд истолковал статью 87-ю Конституции, устанавливающую, что Президент является Верховным Главнокомандующим Вооруженными Силами, в свете положений принятых *до* Конституции законов «Об обороне» и «О безопасности», допускающих использование Вооруженных Сил РФ не только для защиты государства от внешних угроз, но и для защиты населения, территории, суверенитета от угроз внутренних.[2]

Сравним подход КС Германии в *Деле о подземных водах.* Принятый парламентом закон о защите водных ресурсов ввел необходимость получения разрешений городских властей на использование подземных вод, в том числе и вод под земельными участками, находящимися в собственности граждан. Истец заявлял, что отказ городских властей выдать ему разрешение на использование подземных вод под его участком для промыва гравия лишает его возможности распоряжаться своей собственностью, а следовательно, является ее незаконным изъятием. Итак, перед судом встали три вопроса: 1) объем понятия «собственность» (включает ли право на земельный участок право на пользование подземными водами?); 2) является ли в данном случе отказ в выдаче разрешения «изъятием собственности», и если является, то правомерно ли оно; 3) если изъятие правомерно, то подлежит ли оно возмещению? Истец и Федеральный Верховный Суд исходили при определении понятия «собственность» из ст. 905 Гражданского Кодекса, которая гласит: «Право собственника на земельный участок распространяется на пространство над его поверхностью и на слой под его поверхностью», и из ст. 903, предусматривающей, что «Собственник вещи может, в той мере, в какой это не противоречит закону и не нарушает права третьих лиц, обращаться со своей вещью как ему будет угодно и без какого-либо вмешательства других». Конституционный Суд занял иную позицию: «Правовое воззрение, будто бы право на собственность, предусмотренное статьей 903 Гражданского Кодекса, имеет преимущество

[1]) СЗ, 1996, №16, ст. 1909.

[2]) Статья 1 Закона РФ от 24 сентября 1992 года «Об обороне», статья 1 Закона РФ от 5 марта 1992 года «О безопасности».



перед положениями публичного права, ... противоречит Основному Закону. Понятие собственности, гарантированное Конституцией, должно выводиться из самой Конституции. Это понятие собственности в конституционном смысле не может быть выведено из правовых норм обычных законов, имеющих более низкую по сравнению с Конституцией правовую силу, а объем конкретных гарантий защиты собственности не может определяться на основе положений частного права».[1] Закон о защите водных ресурсов определил на будущее для всей Германии, как вопрос объективного права, содержание собственности в отношении к подземным водам, и «такое изменение в объективном праве не ведет к нарушению конкретного правового интереса... и, следовательно, не составляет экспроприации собственности».

В России закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» требует того, чтобы суд оценивал не только буквальный смысл, но и то содержание, которое правовые нормы приобретают, исходя как из их места в системе правовых актов, так и из правоприменительной практики (ч. 2 ст. 74). Вызывает недоумение и это положение закона «О Конституционном Суде...», и аргументация суда, основанная на нем. Почему для толкования положений конституции суд должен принимать во внимание другие правовые акты? Так, принцип неприкосновенности судей был признан конституционным, не нарушающим принципа равенства и не ограничивающим прав граждан, потерпевших в результате преступных действий судей, потому что существует Закон «Об обжаловании действий должностных лиц...», на основании которого потерпевший может обжаловать решение квалификационной коллегии судей в суд и тем самым реализовать свое конституционное право на судебную защиту. Как известно, решения Конституционного Суда являются окончательными и пересмотру и обжалованию не подлежат. Представим себе, что Закон «Об обжаловании...» будет заменен на новый, или в него внесут изменения, в результате чего на основании него будет невозможно обратиться в суд с жалобой на действия коллегии. Можно ли ставить конституционное право человека в зависимость от норм законодательных актов, более низких по иерархии и имеющих более мягкий порядок изменения? Таким образом, практика толкования норм Конституции в системе не с другими конституционными нормами, а с правовыми нормами вообще, очень опасна и не может быть признана правильной.

Изменение значения слова в зависимости от контекста ставит вопрос о том, что мы должны понимать под контекстом: текст отдельной

[1]) The Groundwater Case (1981) 58 BVerfGE 300

нормы права, в котором встречается неясное по смыслу слово, текст всего законодательного акта или всю социально-правовую действительность, оказывающую влияние на решение судьи? В данной книге языковым контекстом считается полный текст законодательного акта или ряда актов по одному и тому же предмету регулирования (акты in pari materia). Значение слова при его контекстно-гармонизирующем толковании отличается от его значения при расширительном толковании именно тем, что в первом случае оно все же остается тесно привязанным к «букве» закона и, хотя допускает некоторую свободу интерпретатора, все же весьма ограничивает ее. С другой стороны, свобода интерпретатора отличает этот вид значения и от терминологического значения слова, которое, как известно, не предполагает никакой свободы при истолковании. Здесь еще раз следует подчеркнуть особый статус конституционного текста, при толковании которого даже к актам in pari materia следует обращаться крайне осторожно. Представляется, что другие законы могут использоваться конституционным судом как источник для поиска аргументов в поддержку выбора того или иного значения слова, но не могут диктовать выбор этого значения, ***не могут служить доказательством*** правильности этого выбора.

Обращение к «букве» закона как к источнику аргументации перекликается с обращением к буквальной, или грамматической, интерпретации при герменевтическом исследовании. О том, что буквальная интерпретация — лишь первый этап в понимании текста, писал Г.Г. Шпет,[1] который считал, что проникновением от знака или слова в его внешних формах к его смыслу можно ограничиться, если мы не стремимся проникнуть еще дальше. Вторым этапом понимания является «психологическая интерпретация». Тому, что Г.Г. Шпет называет «психологической интерпретацией», мы находим аналог в риторической топике, объединяя все виды возможных новых значений под заголовком «расширительное толкование». Шпет писал, что приступая к психологической интерпретации, «мы должны предположить некоторый новый, второй порядок значений и слов речи, второй порядок смысла. Он всегда будет сопровождать первый порядок и будет до известной степени всегда коррелятивен смыслу, но, во-первых, это будет всегда некоторый эмпирический и случайный ряд переживаний, а не смысл, как такой...; во-вторых, мы не можем собственно сказать, что мы переходим в нему от каких-либо определенных внешних (грамматических) форм, — их нет для него, и мы приходим к нему, скорее путем догадки или чутья, на

[1]) Шпет Г.Г. Герменевтика и ее проблемы // Контекст: литературнотеоретические исследования. М.: Наука, 1989–1992.



основании некоторых косвенных указаний...». Шпет полагал, что при психологической интерпретации речь идет не о раскрытии смысла, а об объяснении явлений; она является лишь приемом логического изложения. При таком взгляде на психологическую интерпретацию становится понятным проведенная нами параллель с расширительным толкованием в праве, которое, как можно предположить по аналогии, имеет целью не раскрытие смысла явления (то есть его понимание), а скорее его объяснение.

То, что при интерпретации текста необходимо принимать в расчет контекст, было осознано в науке достаточно рано. Об этом говорил еще Августин,[1] хотя само понятие контекста было введено Флацием Иллирийцем. Слово, выражение, текст, по мысли Флация, имеют только одно значение, но различные контексты будут определять различные их смыслы. «Само по себе», абсолютно, слово не имеет смысла, а для каждого данного контекста существует только один смысл. Отсюда следует, что необходимо уметь извлекать буквальный смысл слова (или выражения) из всего произведения в целом, принимая в расчет цель и замысел произведения.[2]

В юридической практике одно и то же слово в одном и том же языковом контексте может менять свой смысл в зависимости от изменения риторической ситуации. Об этом явно свидетельствует переопределение значений слов «search and searzure» в практике американского суда, «общее количество депутатов» в практике российского суда. Риторический контекст, который шире по своему охвату, чем контекст языковой, способен радикально изменять семантические характеристики слов, что достаточно часто упускается из виду в герменевтических исследованиях.

Сориентироваться в том, как выбрать контекст при поиске значения слова, помогают **каноны толкования**. «Каноны — это максимы или направления, которые предлагают возможные интерпретации тех или иных словесных формул, используемых в статутах или определенных типах статутов».[3] Примерами могут служить следующие правила.

*Ejusdem generis* (лат. «того же рода или класса») — слова, входящие в обобщающую формулу после перечисления, должны толковаться как относящиеся к тому же роду вещей или свойств, что указаны в перечислении. Так, в положении «запрещается торговать фруктами, овощами

[1]) Августин Блаженный. Христианская наука, или Основания св. Герменевтики и церковного красноречия. Киев, 1835, с. 23.

[2]) См. подробнее о герменевтическом подходе в: Кузнецов В.Г. Герменевтика и гуманитарное познание. — М.: Изд-во МГУ, 1991.

[3]) Shapo, Helen S. et al., p. 66.

и другими продуктами, не имеющими санитарно-гигиенического сертификата», «другие продукты» могут относиться только к продовольственным товарам, но не к продуктам машиностроения.

*Pari materia* («по тому же предмету») — канон гласит, что статуты, регулирующие одни и те же или близкие по предмету отношения, должны толковаться в соответствии друг с другом. Он также гласит, что если одни и те же отношения регулируются более, чем одним статутом, все эти статуты должны рассматриваться вместе. Так, если в Семейном Кодексе РФ указано, что «усыновленные дети и их потомство по отношению к усыновителям и их родственникам... приравниваются в личных неимущественных и имущественных правах правах и обязанностях к родственникам по происхождению» (ст. 137), то все остальные нормы, касающиеся детей, к какой бы отрасли права они ни относились, должны толковать понятие «дети» как включающее и усыновленных детей тоже. Исключение делается в тех случаях, когда какой-либо из законов по pari materia специально обговаривает расхождение в использовании терминов.

*Noscitur a sociis* («познаваемый по сопутствующим») — если слово имеет несколько значений, его значение в статуте выясняется по тем словам, которые его окружают в контексте. Например, «доктор» в одном словесном окружении может означать «врач», в другом — «доктор наук».

*Expressio unius, exclusio alterius* («включение одного исключает другое») — если в тексте закона перечисляется то, к чему он относится, то тем самым исключается все то, что в нем не упомянуто. Например, если в законе содержится перечень профессий, на представителей которых не распространяется право забастовки, то этот список должен рассматриваться как конечный и не подлежит расширительному толкованию.

Использование любого из канонов может вызывать определенные разночтения. Так, неясно, включает ли фраза «и другие продукты» из примера про фрукты и овощи также и те продукты, которые не являются промышленными, но и не относятся к продовольственным, например срезанные цветы. Для решения подобных вопросов в каждом конкретном случае помимо канонов придется обращаться также и к намерению законодателя (в данном случае — выяснять, хотел ли законодатель предотвратить пищевые отравления людей или исключить ввоз растений и плодов, зараженных вредителями и болезнями). Канон *expressio unius* также может иметь различные варианты. Например, перечень прав, предоставленных гражданам, не должен трактоваться как исключающий их другие, неупомянутые в тексте, права. Напротив, список полномочий, предоставленных органам государственной власти, должен трактоваться именно ограничительно, т. е. органы государственной власти не имеют никаких других полномочий, кроме специально указанных в законе. Именно к этому апеллировал судья КС РФ В.О. Лучин, оспаривая конституционность положений Указа Президента от 3 октября 1994 года, предоставляющие Президенту право налагать дисциплинарные взыскания на глав администраций: «О праве Президента привлекать к дисциплинарной ответственности глав администраций не упоминается ни в одной из статей Конституции Российской Федерации. По этой причине оспариваемое положение Указа не может быть признано соответствующим Конституции Российской Федерации».[1] Однако большинство судей КС РФ с ним не согласились.



О том, что КС РФ не придерживается данного канона толкования, говорят и другие решения этого суда. Так, в постановлении по делу о проверке конституционности Указа Президента «О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики», КС РФ исходил из того, что применение особых мер, включая использование Вооруженных Сил, возможно и вне введения чрезвычайного или военного положения, упомянутых в Конституции: «...Из Конституции Российской Федерации, — пишет суд, — не следует, что обеспечение государственной целостности или конституционного порядка в экстраординарных ситуациях может быть осуществлено исключительно путем введения чрезвычайного или военного положения». Таким образом, перечень полномочий Президента, перечисленных в Конституции, не был признан исчерпывающим, и за Президентом было признано полномочие поручить Правительству применение особых мер в данном конкретном случае.[2]

Трудности бывают и в применении канона *pari materia*. Например, термин «транспортное средство» по-разному определяется в Правилах дорожного движения и в Уголовном Кодексе, что затрудняет обращение к этим источникам при необходимости найти определение «транспортного стредства» для целей толкования каких-либо других возможных нормативно-правовых актов, в которых может встретиться этот термин. Отсутствие единообразия в определении терминов не является, само по себе, дефектом правовых актов, если разработчики идут на это преднамеренно. В то же время это может приводить к технико-юридическим дефектам права,[3] если является результатом упущений разра-

[1]) Дело о конституционности положений Указа Президента от 3 октября 1994 года. ВКС, 1996, №3, с. 27.

[2]) Пост. КС РФ от 31.07.95, СЗ РФ, 14.08.95, №33, Ст. 3424.

[3]) О дефектах текста права см. подробнее в: Власенко Н.А. Язык права. Иркутск,

ботчиков или их недостаточной осведомленности об уже существующих актах.

Таким образом, каноны никогда не применяются судом механически и не носят непреложного характера. Главным правилом при применении канонов является то, что **намерение законодателя имеет перевес** перед формальным применением канонов.

Иногда к канонам относят также правила выбора модели интерпретации: расширительного или ограничительного толкования. Так, в США существует канон, что нормы уголовного и налогового права подлежат только самому строгому толкованию. «Строгое толкование этих двух типов статутов, — пишет Джек Дэйвис, — означает, что двусмысленные места толкуются не в пользу государства; оно не означает, что слова следует читать буквально. В данном случае принцип строгого толкования соотносится с нормой контрактного права, согласно которой при двусмысленном понимании решение принимается против той стороны, которая писала контракт. Уголовные и налоговые законы пишет государство, поэтому оно и проигрывает во всех случаях наличия двусмысленности. Следовательно, «строгое» и «буквальное» — не являются синонимами, когда мы говорим о толковании, хотя путаница в этих терминах является достаточно общей».[1]

Канонами подобного типа являются также следующие: «следует исходить из презумпции, что законодатель не принимает акт без намерения изменить уже существующее право», «суды должны принимать во внимание каждую норму акта» (данные каноны являются отражением той позиции, что законодатель никогда не стремится — или не должен стремиться — принимать явно бессмысленные законы или очевидно фиктивные нормы), «специальный акт имеет преимущество при толковании перед более общим актом и специальная норма — перед общей нормой», «из двух противоречивых актов преимущество имеет тот, который принят позже», «отмена акта, который отменял другой акт, не воскрешает оригинального акта», «статут, который не применяется, не прекращает своего действия автоматически».[2]

Обязывающая сила канонов различна в зависимости от их вида. Каноны, связанные с созданием и толкованием отдельных словесных формул и клаузул являются рекомендательными и выполняют роль логических операторов при правовом мышлении и рассуждении. Сами по

1997, сс. 26–28.

[1]) Davies, Jack. Legislative Law and Process in a Nutshell. West Publishing Co., 1986, p. 307.

[2]) В качестве канонов эти положения более подробно рассматриваются в учебном пособии: Davies, Jack. Legislative Law and Process..., p. 307–309,



себе технические каноны не объясняют, почему законодатель использовал ту или иную словесную формулу при написании текста статута. Они лишь говорят о том, как люди **обычно** понимают то или иное словосочетание или определенный словесный оборот. Иными словами, каноны помогают понимать, но не диктуют.

Каноны другого вида — типа «нормы уголовного права должны толковаться только узко» — тесно переплетаются с презумпциями и принципами права, а также с юридическими конструкциями, и вполне могут рассматриваться в качестве последних. К этой же группе относится канон «статуты, предоставляющие права, подлежат расширительному толкованию».[1] Если подобные каноны в том или ином виде закреплены в виду процессуальных норм, то они, естественно, начинают носить обязательный характер.

Третий вид канонов — содержательные требования, предъявляемые к разрабатываемым статутам. В российской правовой традиции они еще не сложились в качестве обязательных, а в американской — уже закреплены в прецедентах и служат основанием для отмены законодательных актов по причине их неконституционности. Прежде всего это касается таких требований, как требование недискриминационного характера правила (правило не должно содержать скрытой дискриминации); соответствия средств заявленной цели (средства достижения законной цели, связанные с ограничениями прав граждан, допускаются только тогда, когда данная цель не может быть достигнута другими средствами, не связанными с подобным ограничением; при определении конституционности нормы имеет значение не заявленная законодателем, а истинная цель создания нормы) и т. п. Существование этих канонов и необходимость иметь их в виду при разработке статутов сводит к минимуму дефекты, вызываемые как несовершенством языка, так и стремлением государственных органов к манипулированию.

Для удобства использования каноны создания и толкования текстов могут систематизироваться в правилах и пособиях по законодательной технике. Примерами пособий, носящих рекомендательный характер, могут служить, например, «Правила написания проектов единых или модельных законодательных актов»;[2] «Пособие по законодательной технике» Милмана и Гроссмана.[3] В отдельных случаях каноны толкова-

[1]) Примеры канонов взяты из книги: Shapo, Helen S. et al., Writing and analysis in the law. 3rd ed., Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1995, p. 68.

[2]) Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1968. pp. 318–323

[3]) Maxwell J. Mehlman, Edward G. Grossman. Handbook of Legislative Drafting. Yale Law School, New Haven, Connecticut, 1977.

ния в виде правил для разработчиков нормативно-правовых актов могут приниматься местными законодательными или исполнительными органами.

Интересны каноны толкования, выведенные Карлом Ллевеллином и Чарльзом Дрисколлом[1] на основе анализа исследований и практических руководств по законодательной технике. Сопоставление правил толкования с исключениями из правил дает, по мнению Ллевеллина, необходимую свободу для маневра при выборе определенной модели интерпретации. Ллевеллин показал относительность любых рекомендаций в этой области и оставил конечный выбор за разработчиками и толкователями правовых актов. Важным, однако, является то, что знакомство с канонами создания и интерпретации нормативных текстов, систематизированными Ллевеллином, делает этот выбор осознанным.

Каноны являются достаточно гибкими для того, чтобы позволить правоприменителю (интерпретатору нормы права) использовать их в соответствии со своей позицией по делу, и в качестве правил интерпретации представляют собой скорее пути поиска необходимых аргументов, чем доказательства истинности толкования. Именно это обстоятельство заставляет американского профессора-юриста Хелен Шапо и ее коллег (при том, что они не отрицают значимости канонов!) сделать замечание, что данный метод определения смысла статута «часто приводит к неубедительным результатам».[2] И все же отсутствие единообразных правил толкования приводит к невозможности использовать последовательную и логически обоснованную аргументацию. Показателен пример из судебной практики КС РФ. Суд решал вопрос о том, может ли адвокат быть отстранен от участия в качестве защитника в производстве по уголовным делам ввиду отсутствия у него специального допуска к государственной тайне. Для этого было необходимо рассмотреть конституционность статьи 21-й Закона РФ «О государственной тайне», устанавливающей следующий порядок доступа: «в добровольном порядке по решению руководителя органа государственной власти, предприятия, учреждения или организации после проведения соответствующих проверочных мероприятий». В соответствии с канонами толкования, порядок действий, установленный правовым актом, должен толковаться как исключающий любой другой, кроме установленного. Именно поэтому адвокатов отстраняли от участия в деле как

[1]) Karl N. Llewellyn. Remarks On The Theory of Appelate Decision and The Rules or Canons About How Statutes Are To Be Construed. Vanderbilt Law Review, vol. 3, p. 396.

[2]) Shapo, Helen S. et al., Writing and analysis in the law. 3rd ed., Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1995, p. 66.



не имеющих доступа к государственной тайне. Однако суд постановил «признать ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» по ее буквальному смыслу соответствующей Конституции Российской Федерации», указав при этом, что «устанавливаемый ею порядок носит характер общего правила, не исключающего... возможности использования иных способов доступа к государственным секретам и защиты государственной тайны». Именно такой подход больше отвечает принципам справедливости и приоритета прав человека.

В целом, каноны толкования можно рассматривать не только как правила правового рассуждения и юридической аргументации, но и как логические операторы при анализе правовых проблем, связанных с толкованием нормативно-правового текста; как правила правотворческой техники; как юридические конструкции.[1]

При всех вышеперечисленных общих местах, которые могут быть отнесены к лингвистическому (буквальному) толкованию, аргументация развертывается преимущественно с использованием внутренних топов определения. «Топы определения развертывают аргументы, термы которых сводятся как полностью или частично неравнозначные и относящиеся к различным общим категориям», и «представляют собой операции с отдельными термами, значение которых осмысливается и уясняется».[2]

Наиболее часто при буквальной интерпретации используются следующие виды топов определения: рода и вида; целого и части; присущего и привходящего.

Проиллюстрируем использование данных топов на примерах. В соответствии со статьей 80 Конституции РФ Президент РФ является «гарантом Конституции Российской Федерации и обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти. В силу этого не противоречит Конституции Российской Федерации издание им указов, восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения...».[3] В данном случае полномочие президента служить «гарантом» конституции признается как целое, а издание им указов рассматривается как отношение частей к целому, на основании чего признается конституционным. Контраргументация в данном случае строится на разведении

[1]) Более подробно о канонах см.: Соболева А.К. Каноны толкования в праве // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М.Баранова. — Нижний Новгород, 2000. — с. 89–100; Соболева А.К. Каноны толкования в праве // Российская юстиция, 2000, №10. — Сс. 44–46.

[2]) Волков А.А. Основы русской риторики..., с. 46, с. 57.

[3]) Пост. КС РФ от 30 апреля 1996 г. ВКС, 1996, №3, с. 19.

термов, которые представляются как отнюдь не связанные отношением целого и части. Эту контраргументацию мы встречаем в особом мнении судьи В.О. Лучина: «Конституционное установление о том, что Президент как гарант Конституции «обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти» (статья 80), породило немало спекуляций и по существу стало оправданием его вседозволенности. На мой взгляд, оно отнюдь не означает, что Президент не связан Конституцией, может поступать по собственному усмотрению и принимать любые указы по любым вопросам, независимо от того, к ведению какой ветви власти (органа государственной власти) они относятся... Президент должен добиваться согласованности и взаимодействия самих органов государственной власти, а не подменять, не действовать вместо них. Поэтому было бы большим упрощением полагать, что Президент, например, убедившись в медлительности Федерального Собрания, вправе издавать указы, замещающие законы».[1]

В деле *«Маккалох против штата Мэриленд»* Верховный Суд США должен был решить, охватывается ли учреждение Национального банка понятием «коммерция». В тексте Конституции США нет прямого указания на полномочие Конгресса создавать банки, но зато в ней говорится, что он может принимать «все необходимые и надлежащие меры» для выполнения тех полномочий, что перечислены. В данном случае суд решил, что, поскольку создание банка необходимо для развития коммерции, а Конгресс имеет право регулировать коммерцию, то у него есть еще и так называемые «скрытые полномочия», необходимые для выполнения прямо указанных в тексте. В данном случае эти скрытые полномочия были признаны частью целого — «коммерции».

На основании топа «род / вид» может уточняться значение слова, использованного в тексте правового акта, которое разграничивается с другими возможными значениями данного слова. Родовидовое отношение позволяет также сначала отнести неясное слово к какому-то разряду, а затем развести его с другими сходными по смыслу словами. Так, в *Деле о сухой чистке*[2] КС Германии истолковал слово «жилище» в статье 13 Основного Закона как «частное жилое пространство», включающее комнаты для работы, учебы и бизнеса. Однако он провел различие между жилыми помещениями, используемыми для работы, и рабочим офисом. В офисных помещениях, в отличие от кабинетов в жилой квартире, разрешено инспектировать деловые записи с целью установления характера осуществляемой предпринимательской деятельности.

[1]) ВКС, 1996, №3, с. 25.

[2]) См. Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press. Durham and London, 1989, p. 347.



С помощью топа «присущего / привходящего» разводятся существенные и несущественные, обязательные или факультативные признаки предмета либо явления. В *Деле принцессы Сорайи* КС Германии признал, например, что положение конституции о равенстве всех перед законом (статья 3) не является абсолютным. Нельзя считать незаконным требование определенного вероисповедания от учителя, которого нанимают на работу в церковную школу, или оказание предпочтения женщине, если речь идет о замещении поста директора в школе для девочек.[1] Подобная аргументация основана на разведении понятий присущего и привходящего. В данном случае наличие определенного вероисповедания или определенного пола можно считать признаками существенными, т. е. необходимыми для выполнения данной работы, в отличие от признаков привходящих, т. е. непосредственно не связанных с характером работы и носящих целенаправленно дискриминационный характер (например, возрастных или национальных признаков).

Как и в языкознании, в праве буквальная (грамматическая, лингвистическая) интерпретация — лишь первый этап в понимании текста. Буквальное толкование, даже с использованием контекста всего законодательного акта, не всегда предоставляет судье достаточно свободы, чтобы «согласовать» текст закона с общественными представлениями о целесообразном и справедливом. Раздвинуть горизонты понимания текста призвано расширительное толкование, под которым понимается «придание закону такого смысла, который необязательно связан с буквальным истолкованием слов закона».[2] В рамках этого подхода можно выделить несколько наиболее распространенных общих мест.

## III. Ранее данное толкование (прецедент)

Наиболее ярко использование ранее данного толкования в качестве источника аргументации может быть проиллюстрировано на примере решений ВС США, поскольку Америка относится к странам с прецедентной системой права. В деле *Ро*[3] истица оспаривала конституционность закона штата Техас, запретившего аборты под угрозой уголовного наказания. Она считала, что этот закон нарушает конституционное право «беременной женщины выбирать решение, прервать ли ей свою беременность», являющееся неотъемлемой частью права на охрану частной жизни. Конституция США не упоминает «права на охрану частной жизни». Само понятие «частной жизни» и признание

[1]) 1973, 34 BVerfGE 269.

[2]) Black's Law Dictionary. — West Publishing Co., 1991, adridged 6th edition, p. 132.

[3]) Roe v. Wade, (410 U.S. 113 (1973))

права на ее охрану были выведены на основании структурно-систематического толкования текста поправок 4-й («право на охрану личности, жилища, бумаг и имущества»), 5-й («никто не должен принуждаться свидетельствовать против самого себя в уголовном деле; никто не должен лишаться жизни, свободы и имущества без надлежащей судебной процедуры»), 9-й («перечисление в Конституции определенных прав не должно толковаться как отрицание или умаление других прав, сохраняемых народом») и 14-й («ни один штат не должен издавать или приводить в исполнение законы, ограничивающие привилегии или неприкосновенность граждан Соединенных Штатов; ни один штат не должен лишать кого-либо жизни, свободы или собственности без надлежащей судебной процедуры и не может отказать лицу, подчиненному его власти, в равной для всех защите закона») в результате ряда прецедентов (дело Ольмстеда, дело Катца, дело Бойда, дело Грисуольда). Прецедентами же было дано толкование понятия «сфера частной жизни» (zone of privacy) как включающего в себя личную, супружескую, семейную, сексуальную жизнь. Джейн Ро при обосновании своих требований исходила из этого ранее данного толкования.

Чаще всего ссылка на ранее данное судом толкование недостаточна при аргументации, поскольку факты различных дел никогда не совпадают полностью — они в чем-то схожи, а в чем-то различны. Важно то, по какому признаку мы их сравниваем, и является ли этот признак существенным или несущественным. Для получения более полного представления о предмете необходимо его сравнить с другими, найти отличия и сходства. Отсюда возникает сразу два общих места для поиска аргументов: **1) проведение аналогии** и **2) разведение аналогии**.

Аналогией в технике аргументации называется «рассуждение или утверждение от сходных случаев».[1] Рассуждение по аналогии — излюбленный прием американских юристов. Аналогия привлекательна тем, что использовать ее как «исходный пункт аргументации» можно для обоснования диаметрально противоположных положений.

В деле Ex parte Jackson[2] Верховный Суд США признал, что запечатанное письмо, отправленное по почте, относится к «личности, жилищу, бумагам и имуществу» и находится под защитой поправок к конституции, поскольку почта — это публичная служба, выполняемая государством. В *деле Ольмстеда* суд отказался признать аналогичным ему случай с телефонным разговором, поскольку телефонный разговор,

[1]) Lanham, Richard A. A Handlist of Rhetorical Terms. University of California Press, $2^{nd}$ ed., p. 10.

[2]) Ex parte Jackson (96 U.S. 727)



в отличие от письма, не является материальным, осязаемым предметом. Не согласившийся с мнением большинства судья Брандейс привел такой аргумент: «Почта — публичная служба, осуществляемая правительством. Телефон — публичная служба, осуществляемая по его указанию. Между запечатанным письмом и частным телефонным посланием нет никакой существенной разницы. Как говорит далее судья Радкин: «Правда, что одно зримо, другое незримо; одно осязаемо, другое неосязаемо; одно запечатано, другое незапечатано, но всё это различия без разницы».

В *деле Катца*[1] агенты ФБР, установившие электронного жучка на крыше будки телефона, утверждали, что при этом они не нарушили Четвертую Поправку Конституции, поскольку, во-первых, телефонная будка не является «жилищем», а во-вторых, «не было физического проникновения на площадь, занятую истцом». Кроме того, они прослушали **речь** подозреваемого, а слова не могут быть отнесены к «личности, жилищу, бумагам и имуществу». Однако в данном случае, в отличие от решения по *делу Ольмстеда*, суд решил истолковать текст поправки не в строгом смысле слова, а расширительно, приняв за основу точку зрения, что «Четвертая Поправка защищает людей, а не места. То, что человек осознанно делает достоянием публики, даже в своем собственном доме или офисе, не входит в предмет, охраняемый Четвертой поправкой... Но то, что он хочет сохранить как частное, даже на территории, доступной публике, может быть охраняемо Конституцией». Суд отверг довод правительства, что будка была стеклянной и, следовательно, человек мог ожидать, что его видят: «То, чего он старался избежать, когда вошел в будку, было не подсматривающее око — это было незваное ухо... Тот, кто заходит в нее, закрывает дверь и опускает монету, которая позволяет сделать звонок, определенно вправе предполагать, что слова, которые он произносит в трубку, не станут всеобщим достоянием. Читать Конституцию более узко — значит пренебрегать той жизненно важной ролью, которую публичный телефон стал играть в частном общении».

Если первоначально суд считал, что «обыск и арест» — «search and seizure» — может относиться, в силу своего словесного значения, только к осязаемым предметам (дело Ольмстеда), позднее признал, что под это понятие подпадает и запись устных высказываний, подслушанных без технического проникновения на чужую собственность (дело Сильвермена),[2] то в деле Катца он уже полно-

[1]) Katz v. United States (389 U.S. S.Ct. 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967))

[2]) Silverman v. United States, 365 U.S. 505, 511

стью перетолковал слова «search and seizure», установив, что обозначаемые ими действия могут происходить даже без непосредственного проникновения на площадь, где находятся осматриваемые или изымаемые предметы. В решении по делу Катца суд указал, что «электронное прослушивание и запись слов истца нарушает тайну частной жизни, на сохранение которой он имел основание рассчитывать, используя телефонную будку, а следовательно, составляют «обыск и арест» *в смысле Четвертой Поправки*» (выделено мною — А.С.).

Эти примеры позволяют проследить, как слово, использованное первоначально в тексте Конституции в своем обычном, словарном значении, в результате толкования становится термином, а термин, в свою очередь, частично меняет свое значение за счет постепенного приращения смысла в результате ряда толкований по аналогии.

Второй вопрос, возникающий в связи с данным типом интерпретации, — это насколько далеко может простираться аналогия. Например, если в Конституции США не говорится прямо о равноправии женщины и мужчины, может ли суд признать это право на основании прецедентов, установивших равенство белых и черных?

Если полицейский заметил марихуану в теплице, пролетая над частной усадьбой на высоте 400 футов на вертолете и заглядывая в открытые окна, то произвел ли он несанкционированный «обыск»? В деле *Флорида против Райли* суд рассмотрел аналогию с делом Катца, в котором содержался довод, что «то, что человек сознательно раскрывает публике, даже в его собственном доме или офисе, не находится под защитой Четвертой Поправки». Райли доказывал, что он не собирался делать достоянием публики содержимое своей теплицы. Для этого он повесил вокруг дома таблички «Вход запрещен» и закрыл теплицу (не считая пары открытых стекол). Он не мог предвидеть, что над его теплицей появится вертолет, с которого будет видно невооруженным глазом то, что он выращивает марихуану, поскольку в данном районе вертолеты летали только на высоте от 1000 до 500 футов. Таким образом, он предпринял все необходимые меры, чтобы сохранить частный характер своей жизни и деятельности.

Полицейские власти Флориды, со своей стороны, всеми силами старались поддержать аналогию, доказывая, что Райли не мог «обоснованно ожидать», что его теплица никому не видна, и что ее не заметят власти, пролетая на вертолете; к тому же служащие полиции не виноваты, что окна теплицы оказались открыты и им случайно стало известно содержимое теплицы. Закон не запрещает вертолетам (как государственным, так и частным) летать на данной высоте, и подоб-



ные полеты никак не ограничивают право владельца усадьбы распоряжаться собственностью по своему усмотрению. К тому же, «никакие интимные детали, связанные с использованием дома или участка, не подсматривались, и не было ни недолжного шума, ни ветра, ни пыли, ни угрозы повреждения. С учетом этих обстоятельств, нарушения Четвертой Поправки не было».

Обращение в ранее данному толкованию имеет место и практике судов стран с континентальной системой права. Однако судам приходится не только проводить аналогии, но и, в определенных случаях, разводить их. Сравним два дела из практики КС Германии: дело Люта (1958)[1] и дело газеты «Блинкфюер» (1969).[2] В обоих делах речь шла о бойкоте. В первом случае Эрих Лют, директор информации Гамбурга, призвал продюсеров и дистрибьютеров художественных фильмов бойкотировать фильм «Бессмертный любовник», снятый бывшим нацистским преступником и антисемитом Вайтом Харланом. Во втором — могущественный газетный магнат Аксель Шпрингер призвал владельцев газетных киосков бойкотировать маленькую газету *«Blinkfüer»*, которая печатала программу восточногерманского радио и телевидения, угрожая, что в противном случае он не будет поставлять в их киоски для распространения газеты своего концерна. КС решил, что данный призыв не является аналогичным призыву Люта бойкотировать просмотр фильма, выпущенного бывшим нацистским приспешником. Вот аргументация суда: «Основное право на свободу выражения не охраняет призыв к бойкоту, если этот призыв не сводится только к интеллектуальным аргументам, т. е. если он не ограничен силой убеждения посредством представления аргументов, объяснения или рассмотрения по существу, а, вместо этого, задействует средства, которые лишают тех, (кого призывают к бойкоту, (способности делать заключение свободно, без экономического давления». Призыв Люта, как указал суд, был просто призывом к моральной и политической ответственности аудитории, у Люта не было средств воздействия на свободу личности и свободу художественного творчества директора кинотеатра Харлана. От аудитории, ее морального выбора, зависело, последовать ли бойкоту или нет. В деле газеты *«Blinkfüer»*,[3] напротив, распространители газет подвергались существенному экономическому воздействию. Таким образом, суд решил, что в деле Люта конституционная ценность — свобода слова — перевешивает возмож-

[1]) 7 BVerfGE 198 (1958)
[2]) 25 BVerfGE 256 (1969)
[3]) 25 BVerfGE 256 (1969)

ный гражданский ущерб (потерю выручки кинотеатра, демонстрирующего фильм), а в деле газеты «Блинкфюер» убытки по гражданскому праву столь велики, что перевешивают конституционное право компании Шпингера на свободу слова. По замечанию Дональда Коммерса, это говорит о том, что «конституционные ценности влияют, хотя и непрямо, на интерпретацию и применение частного права».[1]

Следует заметить, что проведение и разведение аналогии может использоваться не только в рамках такого топа, как прецедент. Рассуждение по аналогии может применяться и при попытках логическим путем установить смысл неопределенного или неясного положения текста. КС РФ использовал рассуждение по аналогии в решении от 31 октября 1995 года, когда ему предстояло дать ответ на вопрос, как должен называться документ, содержащий поправку к конституции. Суд исходил из того, что данный акт не аналогичен федеральному закону, так как в отличие от него не требует промульгации Президентом; он не аналогичен и федеральному конституционному закону, так как последний может быть принят только по вопросам, специально установленным статьей 136 Конституции, а поправка может быть принята по *любому* вопросу. Следовательно, пришел к заключению суд, что это должен быть какой-то особый правовой акт, и решил назвать его Законом РФ о поправке к Конституции РФ.[2]

[1]) 1973, 34 BVerfGE 269.

[2]) Оценив изящество аргументации по аналогии, заметим все же, что вряд ли установление жанров нормативно-правовых актов должно входить в компетенцию Конституционного Суда.



## IV. Намерение законодателя[1]

Попытки обратиться к намерению законодателя предпринимались с времен появления первых писаных текстов права. «Если текст кодекса был понятен и ясен, то волю законодателя находили в буквальной интерпретации слов. В случае коллизии текстов предпочитали более поздний. Там, где это нельзя было установить или тексты были приняты одновременно, эту волю искали в духе закона. Если и это не помогало, поиск продолжался с использованием различных аргументов по аналогии или по контрасту — ex contrario, inclusio unius exclusio alterius, a pari, a majori ad minus, a minori ad majus, exceptio est strictissimae interpretationis, и тому подобных».[2] Самое интересное состоит в том, что все эти средства поиска воли законодателя считались дедуктивно выводимыми из текста соответствующего кодекса. Жени (Gény) назвал такую точку зрения «предельной наглостью», которая была приумножена еще и тем, что вскоре из текста кодексов стали выводить концепции и принципы, якобы в них воплощенные, но на самом деле никогда в них не содержавшиеся.[3] Эти принципы и концепции, в свою очередь, стали использоваться как предпосылки — общие места — для толкования текста. Эрлих писал по этому поводу, что подобные принципы и концепции являются способом абстрагирования от конкретных норм. Абстракция в данном случае позволяет освободиться от первоначального содержания нормы права и придать ей другое, новое содержание. «Задача интерпретации, — вторит ему Джулиус Стоун, — следовательно, состоит в том, чтобы извлечь из юридической формулы все то,

[1]) Данный тип аргументации непосредственно связан с многозначностью слов. Г.Г. Шпет предлагает решать проблему выбора нужного значения, исходя из правильного понимания отношения, которое существует между риторикой и герменевтикой: «...Вопрос о множественности значений есть вопрос собственно «практический» и психологический: психологический, поскольку при рассмотрении соответствующего примера мы интересуемся не столько пониманием слова, сколько пониманием намерения того, кто им пользуется; «практический», поскольку мы рассматриваем здесь слово как средство для достижения цели, именно, в данном случае, как средство, с помощью которого мы можем достигать разных целей... Так как само собою разумеется, что в каждом отдельном случае пользования словом говорящий преследует определенную цель, то и значение слова в каждом случае его применения — одно... Можно думать, однако, что иногда в намерения передающего входит воспользоваться одним и тем же словом для достижения двух или более сигнификационных целей. Но, очевидно, раскрытие этих целей есть анализ не значения, а намерений автора, которые могут иметь свою риторическую форму...»

[2]) Stone, Julius. Указ.соч., с. 215.

[3]) Opp. cit., p. 215.

что она содержит нормативного, имея в виду приспособить ее — настолько, насколько это возможно — к жизненным фактам».[1]

Следует заметить, однако, что несмотря на свой скептицизм, ни Джулиус Стоун, ни Жени не отрицали воли законодателя как важного источника толкования в праве, просто они не были склонны приписывать этому способу универсальный характер. Главное, по их мнению, состоит в том, чтобы судьи не принимали решения, основанные на мистической «воле законодателя», в тех случаях, когда она не нашла своего выражения. Итак, воля законодателя имеет решающее значение там, где она очевидна, а там, где она явно не выражена, при толковании надо исходить из других источников права, а при их молчании — из «свободных научных исследований». «При таком подходе существенным различием было не различие между буквальной (грамматической) и логической (из «политики законодательного акта») интерпретациями, а между интерпретацией через формулу статута и интерпретацией посредством элементов, не связанных с этой формулой».[2] Если формула дает ясное значение — например, стандартное значение, принятое в данном обществе, — поясняет Жени, — то мы не имеем права прибегать к находящимся вне ее элементам. Социальный и правовой контекст могут приниматься во внимание лишь постольку, поскольку они воздействовали на волю законодателя и в том аспекте, в каком они воспринимались законодателем. Вне этих пределов, — пишет Жени, — убеждение, будто бы посредством дедуктивного рассуждения можно обнаружить ответ законодателя на конкретный вопрос перед судом, является фикцией. Оно основано на полностью ложных презумпциях: во-первых, на том, что кодификатор ставил целью дать ответ на все существующие в данный момент правовые проблемы, а во-вторых, на том, будто бы он мог это сделать, поставь он и в самом деле перед собой такую амбициозную задачу. Однако ни одному законодателю в мире еще ни разу не удалось осуществить ее. Попытка интерпретировать текст в свете воли законодателя — это попытка «взять из текста то, чего в нем, как всем известно, нет».[3] В самом деле, «...обращение к намерениям неявно подразумевает забвение канонического правила юриспруденции: санкционированная норма действует вне зависимости от намерений законодателя. Доминирующее значение имеет и не может не иметь реально сформулированное содержание

[1]) Stone, Julius. Opp. cit., p. 216.
[2]) Stone, Julius. Legal System..., p. 217.
[3]) Stone, Julius. Legal System..., p. 219.



нормы».[1]

Главная проблема, которая возникает в связи с анализом «намерения законодателя» — это, безусловно, проблема определения того субъекта, чье намерение мы собираемся постичь. Вопрос состоит в том, кого в данном случае считать законодателем. «Совершенно ясно, что это не та власть (парламент или монарх), которая приняла закон, а те люди, которые разрабатывали проект закона, то есть его авторы».[2] К ним следует прибавить министров, представлявших законопроект парламенту, а также депутатов, вносивших поправки. В любом случае, понятие «законодателя» является столь обширным и расплывчатым, что очень трудно судить о его истинном «намерении». «Совершенно ясно, — замечает Макс Рэйдин, — что законодательное собрание вообще не имеет никакого намерения по отношению к тем словам, которые написали два-три разработчика проекта, которые значительная часть собрания отклонила, и принимая которые те из большинства, кто за них проголосовал, руководствовались — кто тайно, а кто и демонстративно — различными идеями и побуждениями».[3]

Вторая проблема, которая возникает в этой связи, — это вопрос о наличии у законодателя осознанного намерения. Примером может служить постановление Съезда Верховного Совета РФ, о конституционности которого Конституционный Суд РФ отказался судить на том основании, что расплывчатое правовое содержание постановления не позволяло сделать никакого вывода по поводу того, нарушало ли оно запрет на цензуру.[4] Не означает ли это признание того, что законодателю случается принимать акты, не имеющие ни явной цели, ни позитивного правового содержания?

[1]) Белкин А.А. Комментарии к решениям Конституционного Суда Российской Федерации 1992–1993. Спб., 1994, с. 21.
[2]) Ekelöf Per Olof. Teleological Construction of Statutes // Legal System and Lawyers' Reasoning. — Stanford, 1964. — p. 373.
[3]) Интересно замечание, сделанное в этой связи переводчиком книги Фивега на английский язык, американским профессором Коулом Дурэмом, о том, что борьба за свободу слова в Америке и аргументы, приводившиеся в защиту этой свободы, могут быть рассмотрены в свете этого подхода как аргументы в пользу важности сохранения в обществе состава топов (общих мест) в его наиболее полном виде, и, следовательно, как гарантия того, что при решении социальных проблем всем относящимся к делу общим местам — различным подходам и точкам зрения — будет уделено надлежащее внимание. С точки зрения топики, по мысли того же Дурэма, центральное планирование в экономике неэффективно именно потому, что неспособно учесть все топы, которые имеют значение для защиты интересов различных индивидов, а значит, и неспособно решить их проблемы. В этом Дурэм видит и символический смысл того, что Адам Смит, отец рыночной теории, читал лекции по риторике и издал «Лекции по риторике и литературе».
[4]) ВСНДВС РФ. 1993. №30. Ст. 1182. Ст. 1859 и 1864.

В-третьих, следует допустить наличие случаев, когда истинное «намерение» законодателей противоречит заявленным им целям.

Большинство исследователей вопросов интерпретации в праве давно заметили, что даже в тех случаях, когда законотворческий характер судебной деятельности в отдельных странах не признавался открыто как господствующая тенденция, судьи и другие юристы на практике при толковании норм руководствовались своими собственными представлениями о справедливости и равенстве, выдавая их за намерение законодателя.

Пер Олоф Экелеф предлагает для целей интерпретации текста понимать под «намерением» законодателя то, «как законодатель оценивал, или должен был оценивать, вопрос о применимости статута к случаям, подобным тому, который является предметом рассмотрения».[1]

Чтобы аргументировать свои представления о том, как законодатель мог бы оценить вновь возникшую ситуацию, судьи и стороны чаще всего обращаются к истории разработки нормы или сравнивают различные части нормативно-правового текста.

### 1) Обращение к истории разработки и принятия нормы

Для этого исследуются рабочие документы создателей проекта правового акта, так называемые travaux pr(paratoires.

В *деле Эльфеса* КС Германии, принимая решение по поводу того, соответствуют ли конституционному праву «на свободу передвижения» (статья 11) положения Закона о паспортной системе, запрещающие в определенных случаях выдачу загранпаспортов, использует следующую аргументацию: «Если бы разработчики конституции желали включить фундаментальное право на свободу выезда за границу в статью 11, они бы... не рассматривали длительную историческую практику лишения паспортов по основаниям государственной безопасности. Они совершенно очевидно не намеревались гарантировать свободу передвижения заграницу в статье 11...».[2] Аналогичным образом, отвечая на вопрос, должно ли «право на свободное развитие своей личности», гарантированное статьей 2 /1/ Основного Закона, толковаться в самом широком смысле, суд пишет в своем решении: «Говоря юридическим языком, оно представляет отдельное, индивидуальное право, которое гарантирует человеку общее право на свободу действий. Скорее лингвистические, а не правовые, соображения подсказали разработчикам

[1]) Ekelöf Per Olof. Teleological Construction of Statutes..., p. 374.
[2]) 6 BVerfGE 32 (1957)



включить данный текст вместо первоначально предложенного, который гласил: «Каждый человек свободен делать или не делать то, что он желает» (суд цитирует оригинальный текст(... Таким образом, мы вынуждены заключить, что Конституция должна охранять только ядро, составляющее сущность «личности», а не право человека на свободу действий».[1]

В *Деле о лояльности государственных служащих* КС Германии признал правовые акты федерального канцлера и его министров, установившие критерии отбора государственных служащих, запрещавшие наем на госслужбу лиц, замеченных в «антиконституционной» деятельности, соответствующими положениям Основного Закона, провозглашающим «равенство», «свободу слова», «свободу выбора профессии» и «гражданское равенство немцев» при «доступе ко всякой публичной службе». Суд, в частности, указал, что «положение конституции не должно толковаться изолированно; наоборот, оно должно толковаться в контексте самой Конституции. Понимая это, просто невозможно представить себе, чтобы конституция, которая, используя горький опыт Веймарской демократии, была разработана с намерением сделать Федеративную Республику Германию сильной и доблестной демократией, допустила бы сдачу этого государства в руки его врагов с помощью статьи 3 Основного Закона...».[2]

Апелляция к истории разработки документов (travaux préparatoires) используется в особом мнении судьи КС РФ Б.С. Эбзеева, который обращается к материалам рабочей группы Конституционного Совещания при попытке уяснить соотношение понятий «общее число депутатов» и «состав депутатов»: «Это различие было несомненно для составителей проекта Конституции Российской Федерации, в частности членов Рабочей группы Конституционного Совещания, которая специально касалась данного вопроса и согласилась с тем, что понятие общего числа депутатов Государственной Думы не тождественно понятию состава Государственной Думы и в своем арифметическом выражении может отличаться от конституционно установленного числа депутатов в Государственной Думе — 450 депутатов».[3] Обращение к истории разработки нормы встречается в качестве аргумента и в особом мнении судьи Э.М. Аметистова, который привлекает стенограммы, материалы и документы Конституционного совещания 1993 года для уяснения намерений авторов Конституции РФ при попытке ответить на вопрос, «исполь-

[1]) Elfes Case (1957), 6 BVerfGE 3.
[2]) 39 BVerfGE 334 (1975).
[3]) Пост. КС РФ от 12 апреля 1995 г., ВКС, 1995, №№2-3.

зует ли Конституция употребляемые в части 2 статьи 48 термины «адвокат» и «защитник» в качестве синонимов или предполагает, что один из них по своему содержанию шире другого?».[1]

2) Сравнение частей текста

Еще одной возможностью выявление замысла законодателя является сравнительно-сопоставительный анализ частей текста. Было бы вполне логично предположить, что в случаях, когда законодатель использует разное словесное выражение для обозначения каких-либо понятий, то он делает это преднамеренно, с целью показать, что выраженные с помощью разных терминов понятия не идентичны в его представлении. Однако данное соображение, несмотря на его разумность, вовсе не имеет обязательной силы для интерпретаторов текста права, о чем красноречиво свидетельствует тот факт, что большинство судей Конституционного Суда России в упомянутом решении от 12 апреля 1995 года не приняли в расчет аргумент Б.С. Эбзеева, утверждавшего, что создатели Конституции не могли использовать в одном и том же тексте различные термины, а именно «общее число депутатов» (12 раз) и «состав депутатов» (15 раз) иначе, как с целью обозначения с их помощью различных понятий.

Разрыв между словесной формой выражения нормы и действительной волей законодателя порождает значительные трудности в толковании, поскольку судья оказывается перед выбором, какому из двух видов интерпретации стоит отдать предпочтение в случае их противоречия.[2] Помимо этого, встает вопрос, кто и как должен определять, находится ли словесная форма выражения нормы в отрыве от воли законодателя, а также чему — букве закона или воле законодателя — должны отдать приоритет судьи в случае их расхождения. Решить эти вопросы можно только привлекая к толкованию все другие виды топов и руководствуясь их ценностной иерархией.

[1]) СЗ, 1997, №7, ст. 871, стр. 1527–1528.

[2]) Б.С.Эбзеев справедливо заметил: «Необходимо ясно сознавать те негативные последствия, которые проистекают из отрыва воли законодателя от словесной формы ее выражения. При таком отрыве многократно усиливается опасность произвольного обращения с толкуемой нормой на том основании, что эта норма не всегда выражает действительные намерения ее создателей... Проблема не сводится только к лексическим особенностям изложения конституционного текста, различно юридическое содержание понятий, которые этими терминами обозначаются.» — ВКС, 1995, №3.



## V. Цель закона

Во многих случаях буквальное толкование закона приходит в противоречие с той целью, для достижения которой он создавался. Это объясняется тем, что при установлении правил поведения невозможно предвидеть всё богатство ситуаций и фактов, к которым действие данного правила окажется применимым. Чтобы избежать разрыва между «буквой» и «духом» закона, суды в подобных случаях обращаются к телеологической аргументации, используя аргумент, что именно применённое ими, а не буквальное, толкование соответствует целям статута.

При обращении к цели закона или к цели отдельной нормы как к общему месту интерпретации наиболее часто используются топы обстоятельств, а именно топы цели и средства, основания, места, времени и т. д. «Топосы обстоятельств позволяют устанавливать и обсуждать связи термов в высказывании и представляют его как единое целое».[1]

Аргумент цели и средства — один из наиболее часто употребляемых американским судом. Американское прецедентное право даже выработало своеобразный тест для проверки правомерности закона — «анализ средства-цели» (ends-means analysis). Суть данного подхода к определению конституционности акта (то есть соответствия его текста тексту Конституции) состоит в том, что предусмотренные законодательным актом меры (means) должны быть соразмерны цели (ends), при этом цель должна быть законной, а связь между средствами и целью — разумной и непосредственной. Если законодательный акт, ограничивающий права граждан в интересах государства, не удовлетворяет этому тесту, он признается судом неконституционным.

Подобный подход применил в своих рассуждениях и КС России в решении от 4 апреля 1996 года, отвечая на вопрос, является ли нарушением свободы передвижения и права выбора места жительства введение регистрационного сбора за прописку (регистрацию) в г. Москве и платной лицензии на право приглашения в Московскую область специалистов. Суд признал, что, исходя из общественных интересов и норм Конституции, определенное ограничение права на выбор места жительства является законным. Однако «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены... лишь в той мере, в какой это соответствует определенным конституционно значимым целям, т. е. пропорционально, соразмерно им». При установлении налогов и сборов за регистрацию субъекты РФ преследовали законную цель, однако «налогообложение, парализующее реализацию гра-

[1]) Волков А.А. Основы русской риторики..., с. 57.

жданами их конституционных прав, должно быть признано несоразмерным».[1]

КС Германии использует аргумент цели-средства при ответе на вопрос, совместим ли принцип равных выборов с предоставлением преимуществ кандидатам от наиболее крупных партий. Суд оправдывает конституционность подобных исключений, основываясь на соответствии подобных мер целям провозглашенного конституционного порядка: «Конституционный принцип равных выборов не означает того, что голоса ни при каких обстоятельствах не могут иметь разный вес, то есть, что ко всем партиям из предложенного списка кандидатов следует относиться одинаково... Для того, чтобы сформировать правительство, способное действовать эффективно как внутри страны, так и за ее пределами, а также решать по существу законодательные задачи, необходимы отчетливые парламентские большинства, осознающие свою ответственность за общее благо. Следовательно, законно [...] подходить дифференцированно в зависимости от того, могут ли те или иные партии выполнять задачи, стоящие перед парламентом. На этом основании (законом(можно устранить так называемые «карликовые» партии от получения мест, положенных им в выборах по пропорциональной системе...».[2]

«В принципе, — констатирует суд в другом решении, — формально ко всем партиям следует относиться равным образом. Этот принцип запрещает законодателю относиться к партиям по-разному, если только такое отношение не диктуется особой «насущной причиной»... Такой причиной, как указывал суд в ряде решений (О западногерманских средствах массовой информации (1962), О Баварской партии и др.) может служить необходимость предохранить парламент от «рассыпания» на многие маленькие фракции из-за «карликовых» партий, что сделает невозможным формирование правительства».[3]

Руководствуясь подобными соображениями, в деле *«О западногерманских средствах массовой информации»* суд признал, что «конституционно законная цель» — выборы парламента, способного сформировать правительство, — «является хорошим доводом в пользу отступления от принципа равенства...».[4] Так, отступление от этого принципа при распределении доступа к эфирному времени во время избирательной кампании может определяться количеством членов в партии, длительностью ее существования на политической арене, результатами прошлых выборов, вхождением ее членов в правительство и т. п. Эти факторы объективно показывают, пользуется ли партия значительной поддержкой населения, чьи интересы она отражает, активно ли участвует в политическом процессе. Распределение эфирного времени в зависимости от того, сколько мандатов получила партия на прошлых выборах, было признано вполне соответствующим конституционному принципу равенства, так как никакие партии не были вследствие этого лишены участия в избирательной кампании, а больше времени было отведено тем партиям, которые пользуются большей поддержкой населения: «Такое распределение соответствует принципу равных возможностей, потому что Радиостанция Западной Германии — WDR — предоставила ФДП количество эфирного времени, которое, с одной стороны, делает для нее эффективную избирательную пропаганду возможной, а с другой стороны, соответствует значимости этой партии как партии, представленной в парламенте».

¹) ВКС, 1996, №2, с. 53.

²) Дело о Баварской партии (1957), 6 BVerfGE 84.

³) Дело о льготном налогообложении партий (1958), 8 BVerfGE 51.

⁴) Дело о западногерманских средствах массовой информации, 1962, 14 BVerfGE 121.



Аргумент цели и средства может применяться и для контраргументации. Если, к примеру, одна сторона обосновывает конституционность закона или действий органов власти законной целью, то противоположная сторона может оспорить правомерность этих положений или действий на том основании, что они не были единственно возможными и наиболее щадящими, т. е. цель достигается ненадлежащими средствами.

Вот пример из практики КС РФ. Входит ли в понятие «установление общих принципов организации» местного самоуправления (статья 72, пункт «н» части 1 Конституции) установление сроков выборов в эти органы? КС решил, что установление таких сроков в федеральном законе правомерно, поскольку оно не лишает органы «местного самоуправления назначать конкретную дату этих выборов, а лишь ставит реализацию этого права в определенные рамки во времени». Однако судья Э.М. Аметистов привел следующую контраргументацию: «Что же касается оспариваемых в данном деле положений указанного закона..., то они, на первый взгляд, преследуют конституционные цели. [...] Однако анализ содержания указанных положений..., а также практики их применения приводит к выводу о том, что достижение конституционных целей осуществляется в законе не соответствующими Конституции методами, а потому не дает желаемых результатов...», поскольку установленный период был воспринят органами местного самоуправления как «срок для затягивания такого процесса и фактического поощрения бездействия органов власти и должност-

ных лиц, ответственных за формирование выборных органов местного самоуправления». Тем самым эти нормы не достигли цели и «не способствовали эффективной защите прав и свобод человека и гражданина».[1] Защита избирательного права народа и его права на осуществление своей власти через органы местного самоуправления «могла быть реализована посредством принятия более действенных мер, а именно мер по установлению необходимой ответственности за их нарушение».

## VI. Наилучшие последствия (прагматическая аргументация)

Прагматический аргумент «позволяет оценить действие или событие с точки зрения их благоприятных или неблагоприятных последствий».[2] При его применении закон трактуется как инструмент для достижения определенной социальной цели. Американские судьи, предпочитавшие прагматический подход формальному, как бы заявляли: «Мы не смотрим в прошлое, мы работаем на будущее». Последствия могут быть самыми разнообразными, но для аргументации в поддержку принятого решения наиболее часто принимаются во внимание три возможности: удобство, эффективность или, наоборот, нежелательность. В зависимости от этого выделяют, соответственно: а) аргумент удобства; б) аргумент эффективности; в) аргумент нежелательности.

В США судьи-прагматики отличились тем, что опровергли ряд прецедентов, которым не считали нужным следовать, если реальности времени требовали, по их мнению, другого подхода. Так, в знаменитом деле *Браун против Департамента Образования* (1954 г.) они поставили решительную точку в спорах о социальном различии белой и черной рас, заявив о недопустимости раздельного обучения по расовому признаку. Последствия раздельного образования были признаны судом нежелательными для общества, так как ребенок, лишенный возможности получить образование, не может преуспеть в жизни и стать достойным гражданином: «Образование необходимо в отправлении наших коренных обязанностей перед обществом, даже включая службу в вооруженных силах. Оно является самим фундаментом достойного гражданства. Сегодня оно является основным инструментом, позволяющим ребенку воспринимать культурные ценности, подготовиться к получению профессии, а также помогает ему нормально вписаться в

[1]) ВКС, 1996, №3, с. 42-47.

[2]) Perelman, Chaim, Olbrechts-tyteca, Luac. The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation. Notre Dame-London, 1969, p. 266.



окружающую среду... Сегрегация белых и цветных детей в государственных школах оказывает отрицательное влияние на цветных детей. Это влияние возрастает, когда оно санкционировано законом, так как политика разделения рас обычно понималась как подтверждение неполноценности негритянской группы. Чувство неполноценности отрицательно сказывается на стремлении ребенка к учебе. Следовательно, сегрегация, санкционированная законом, имеет тенденцию замораживать образовательное и умственное развитие негритянских детей, а также лишать их определенных благ, которые они могли бы получить от школьной системы, интегрированной с расовой точки зрения...».[1]

Важно заметить, что в основе решения суда совершенно очевидно лежит моральное восприятие судьями социальной организации американского общества, которую они считали несправедливой. Но суд был вынужден искать в поддержку своего решения доводы, которые могли бы быть приемлемы юридически. Политическая философия для этого явно не подходила, поэтому им пришлось прибегнуть к социологическим исследованиям. Почему суд не мог прямо сказать, что считает раздельное обучение аморальным? Вероятно, дело не только в том, что такой аргумент являлся бы неправовым, но и в том, что в 1954 году равенство черной и белой рас не было очевидным для значительной части американского общества, и, следовательно, решение суда писалось с оглядкой на эту аудиторию.

Заслугой прагматиков является утверждение о том, что текст права надо толковать в контексте новых общественных условий, вновь созданных технологий и изменений в общественных отношениях. Примером может служить уже упоминавшееся дело *«Катц против Соединенных Штатов»*, в котором суд признал, что с развитием телефонной связи и появлением новых технических средств наблюдения должно быть пересмотрено семантическое поле понятий search and seazure («обыск и арест, изъятие»), ограничивавшееся ранее материально осязаемыми предметами и их изъятием с проникновением в помещение.

Классический метод аргументации при прагматическом подходе дан в деле *Терри против Огайо*.[2] Суд взвесил, с одной стороны, право человека на защиту частной жизни от незаконных обысков и арестов, а с другой — заинтересованность государства в поддержании правопорядка, защите граждан от насилия, предотвращении возможного преступления. Исходя из этого, суд пришел к выводу, что в *конкретных условиях* остановка человека на улице и его кратковременный обыск,

[1]) 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954.

[2]) Terry v. Ohio (392 U.S. 1 (1968)).

хотя и будут «обыском и арестом», но могут допускаться без ордера, если у полицейского есть разумные основания предполагать, что «он имеет дело с вооруженным и опасным человеком». В деле *Терри против Огайо* полицейские утверждали, что «остановить» (to stop) не значит «арестовать» (to seize, to arrest), а «досмотреть» (to frisk) не значит «обыскать» (to search), следовательно, когда полицейский без ордера останавливает прохожего на улице и проверяет, нет ли у него оружия, прохлопывая его одежду и карманы, это не может считаться «незаконным обыском и арестом», а является всего лишь «ограниченным поиском оружия». Суд решительно отмел такое толкование: «Совершенно ясно, что Четвертая Поправка относится и к такому «задержанию» (seizure) человека, которое не заканчивается приводом в полицейский участок и осуждением за преступление — в традиционной терминологии «арестом» (arrest). Следует признать, что когда полицейский подходит к человеку и ограничивает его свободу уйти, он «задерживает» (seizes) этого человека. И будет сущим надругательством над английским языком предполагать, что тщательное исследование внешней поверхности одежды человека вдоль всего его тела в надежде найти оружие не является «обыском» (search)». Судьи в данном деле предпочли использовать толкование не буквальное, а прагматическое, подчеркнув, что попытки провести различие между словами «stop» и «arrest», «seizure» и «frisk» — не более, чем попытка избежать применения конституционной нормы к первоначальным стадиям контакта между полицейскими и гражданами. В то же время, они согласились, что досмотр («frisk») — это все-таки «менее, чем «полный» обыск», поскольку предполагает только «ограниченный поиск оружия», и может быть, в соответствии с текстом Четвертой Поправки, допустим в целях охраны безопасности полицейского и граждан на улице, поскольку является «обоснованным».

В деле *«Скиннер против Ассоциации Управляющих по кадрам на Железных Дорогах»*[1] суд опять прибегнул к расширительному толкованию текста Конституции, оправдывая такой подход целью социальной политики государства, запросами общественной безопасности и необходимостью для правительства выполнять свои обязанности по защите интересов общества. Истец утверждал, что, заставив всех поголовно служащих железнодорожной компании ежедневно сдавать анализ крови и мочи с целью проверки их на следы алкоголя и наркотиков, правительство превысило свои полномочия, нарушив Четвертую поправку Конституции. Он привел тот довод, что принудительная сдача анализов

[1]) Skinner v. Railway Labor Executives' Association (U.S. 103 L.Ed. 2d 639 (1989))



является «обыском» в смысле и значении текста Четвертой поправки, и, следовательно, не может быть осуществлена без соответствующего судебного ордера. Правительственная сторона привела чисто прагматические аргументы. Во-первых, обращение за ордером в суд потребует времени, и за это время следы алкоголя из крови исчезнут, так что подобный контроль окажется неэффективным. Во-вторых, проверять только тех, кто вызывает подозрение, было бы непрактично, поскольку приподнятое или подавленное настроение может быть следствием не только потребления кокаина, но и ряда других причин, в то время как употреблявший алкоголь может и не вызвать подозрений.

КС Германии также часто руководствуется в своих рассуждениях прагматическими соображениями, например, определяя, должны ли художники и ученые пользоваться поддержкой государства, или конституционно ли требование смещения с заведования кафедрой профессора, достигшего пенсионного возраста. Исходя из них, суд решил, что государство не может помогать какой-либо одной форме искусства, оказывая ей предпочтение перед другими, однако оно обязано поддерживать среду, в которой процветают наука и искусство: всем растениям в саду искусства и науки должен быть предоставлен равный шанс зацвести.

В деле *«О Церковной музыке»* (1978) суд признал, что исполнение церковной музыки без выплаты авторского вознаграждения в некоммерческих целях (в церкви, на благотворительных вечерах, во время религиозных праздеств) не является нарушением п. 3 статьи 14 Основного Закона, предусматривающего, что отчуждение собственности может производиться только на «основе закона, регулирующего вид и размеры возмещения». Аргумент суда состоял в том, что интеллектуальная собственность в данном случае имеет «социальный характер», а общественная заинтересованность может превалировать над правом авторов на возмещение.

В деле *«О фармацевтах»*[1] КС Германии признал, что свобода выбора профессии и места работы может быть ограничена при наличии насущного государственного интереса, выражающегося в охране общего блага. При этом необходимо исходить из принципа полезности того или иного рода деятельности и возможной опасности для общества, к которой может привести неконтролируемая деятельность в таких сферах как, например, медицина и фармакология.

В деле *«О Калкарской атомной станции»* суд использовал прагматический подход при определении того, обеспечивает ли защиту конституционных прав граждан на жизнь и личную неприкосно-

[1]) 7 BVerfGE 377 (1958).

венность Закон «Об атомной энергии», в котором использованы оценочные понятия и неопределенные правовые термины «надежность» и «все необходимые меры предосторожности в свете существующих научных знаний». В своем толковании Закона суд исходил из того, что автомная энергетика — быстро развивающаяся отрасль, которая потенциально угрожает жизни, но без которой невозможно обойтись. Законодатель при ее регулировании действует прогностически, поскольку пытается предугадать последствия, которые еще с точностью неизвестны. Но он обязан предвидеть последствия своих распоряжений и должен гарантировать то, что его решения не поставят под угрозу права человека, провозглашенные в Основном Законе. Использование вышеупомянутых «неопределенных правовых терминов» было признано достаточно оправданным именно с прагматической точки зрения: «Закрепить стандарты безопасности посредством установления строгих правил, если даже такое и возможно, — скорее значит застопорить, нежели ускорить, техническое развитие и адекватные гарантии фундаментальных прав. Установление строгих норм было бы регрессом за счет безопасности. [Мы должны] терпеть некоторую неопределенность в законе, во всяком случае там, где в противном случае законодатель был бы вынужден разработать непрактичные указания или воздержаться от указаний вовсе. Обе [альтернативы] приводили бы от случая к случаю к нарушению защиты фундаментальных прав... Деля ссылку на существующие научные знания и технологии, закон вынуждает исполнительную власть следовать принципу наилучшей возможной защиты от опасности и риска».[1]

Вот еще один пример использования прагматического аргумента из практики КС Германии, который решил, что, регулируя профессиональную практику и накладывая на нее ограничения, законодатель обязан исходить из принципа пользы: «...Законодатели могут наложить ограничения на занятие профессией в определенной сфере с целью предотвращения вреда и опасности для общества; но они могут поступить подобным образом и для продвижения какой-либо деятельности в целях достижения ее более высокой представленности в обществе... Подобные ограничения на свободу профессии не сильно задевают гражданина, потому что у него уже есть профессия и законодательные ограничения оставляют его право заниматься профессией нерушимым».

[1]) Kalkar Case, 49 BVerfGE 89 (1978).



Таким образом, привлечение топов, связанных с прагматическими соображениями, может не только помочь рассмотреть проблему более полно, но и определить исход правового спора.

## VII. Эволюция нормы в процессе социальных изменений

Одним из способов истолкования старого текста в новом ключе является апелляция к изменившимся историческим условиям или переопределение существовавших ранее воззрений. Не отменяя существующей нормы, суд как бы «наращивает» ее содержание, меняя прежнюю ее интерпретацию в нужном ему направлении.

Об этом прямо сказал КС Германии в одном из своих решений: «...Свобода судьи творчески развивать право растет по мере «устаревания кодификаций», по мере увеличения разрыва во времени между принятием законодательного акта и вынесением решения суда в конкретном деле. Интерпретация писаной нормы не может всегда или неограниченное время оставаться привязанной к значению, которое норма имела в момент ее принятия. Необходимо исследовать ту разумную функцию, для выполнения которой она была изначально создана. Норма всегда остается в контексте социальных условий и социально-политических взглядов, на которые она воздействует. По мере того, как эти условия и взгляды меняются, направление действия нормы может, а в определенных условиях и должно, приводиться в соответствие с подобными изменениями. Это особенно верно тогда, когда между временем принятия и временем применения закона условия жизни и популярные взгляды на правовые вопросы изменились так радикально, как в нашем веке. Обращаясь только к застывшему языку писаного закона, судья не может избежать конфликта, который возникает между нормой (как она написана(и изменившимся представлением общества о справедливости. Если с него не снимается обязанность восстанавливать «справедливость», то он должен применять правовые нормы более свободно...».[1]

Наиболее часто судьи используют для этого аргумент от обстоятельства, суть которого и состоит в том, чтобы показать, что условия настолько изменились, что старое правило к ним уже неприложимо. Приведем пример. Решая вопрос о конституционности пожизненного заключения, КС Германии обратился к норме о «достоинстве человека» в ее историческом развитии: «История уголовного права ясно показывает, что более жестокие по характеру виды наказания заменяются

[1]) Дело о Баварской партии (1957), 6 BVerfGE 84.

более мягкими и что будущее склонно к более гуманным и дифференцированным видам наказания. Таким образом, любое решение, определяющее человеческое достоинство в конкретных терминах, должно основываться на его современном понимании, а не на обращении к каким бы то ни было вечно пригодным концепциям».[1] Суд исходил из того, что «ни оригинальная история, ни намерение законодателя не играют решающей роли в интерпретации этой конкретной нормы Основного Закона. Со времени принятия Основного Закона наше понимание содержания, функции и действия основных прав углубилось... При проверке конституционности пожизненного заключения важны современные оценки. Новые взгляды могут повлиять и даже изменить оценку этого вида наказания с точки зрения человеческого достоинства и принципов конституционного государства».

Примером влияния социальных изменений на интерпретацию текста закона является и *«Дело о социальных пособиях для вдовцов»*, рассмотренное тем же судом. В 1963 году суд постановил, что на пособие по случаю смерти жены имеют право только те вдовцы, которые ранее состояли у жены на иждивении. В то же время вдовы получали подобное пособие независимо от факта нахождения на иждивении мужа. В 1975 году закон о социальных пособиях снова был обжалован, и на этот раз суд потребовал, чтобы законодатель внес в него изменения, соответствующие изменившимся социальным условиям. К 1975 году изменилось место женщины и на рынке труда, и в семейных отношениях, что нашло отражение в иной трактовке конституционного принципа равенства мужчины и женщины.

Подобные примеры есть в практике Верховного Суда США: *«Грисуольд* нельзя толковать и далее как решение, устанавливающее лишь то, что государство не может запретить супружеским парам использование контрацептивов. Решение по делу Грисуольда, читаемое в свете вытекающих из него последующих, учит, что Конституция охраняет самостоятельно принятые людьми решения в вопросах деторождения от необоснованного вмешательства государства».[2] Вот еще один пример такого рода аргументации: «При применении Конституции мы не можем тщательно рассматривать только то, что было, без учета того, что может быть. Прогресс науки в области снабжения Правительства средствами шпионажа вероятно не остановится на использовании жучков для прослушивания. Однажды могут появиться способы, посредством которых правительство сможет воспроизвести бумаги в суде, даже не

[1]) Дело о пожизненном заключении (1977) 45 BVerfGE 187.
[2]) Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977);



изымая их из секретных ящиков, или с помощью которых оно будет в состоянии продемонстрировать присяжным наиболее интимные события в доме. Открытия в физике и смежных науках могут привести к изобретению средств проникновения в невыраженные чувства, мысли и эмоции... Может ли Конституция не предоставить защиты от подобных вторжений в индивидуальную безопасность?»[1]

Примеров подобной аргументации в решениях КС РФ мы не находим ввиду того, что текст российской конституции является новым. Однако обращение к данному топу может со временем помочь Конституционному Суду внести, при необходимости, новое содержание в старые словесные формулы, не меняя текста конституции. Весомость и правомерность аргументации с использованием данного топа будет оцениваться судьями исходя из принципа справедливости и той иерархии ценностей, которая будет существовать в обществе.

## VIII. Принципы, концепции и доктрины конституционного права (топы логико-концептуального типа)

Как уже говорилось выше, «проверка соответствия какого-либо акта Конституции предполагает сопоставление текста этих двух актов... и одновременно посредством этого сопоставление норм...».[2] Тем не менее очень часто для проверки конституционности привлекается положение, сформулированное вне пределов текста Конституции, а именно проистекающее из принципов или доктрин права. Насколько обосновано обращение к подобным общим местам? «Надо ли объявлять это порочным? — ставит вопрос А.А. Белкин. — Думается, что нет. Как система норм, современное право неизбежно подвержено ближайшему обоснованию со стороны идеологии. А включены ли идеологические постулаты в конституционный текст или нет, — в данной ситуации неважно, лишь бы мы полагали их правильными».[3] Последнее замечание является необычайно важным: для того, чтобы принцип или концепция права могли использоваться как юридический аргумент, они должны стать общим местом, т. е. иметь достаточно единое для всех членов сообщества значение и считаться правильным если не для всех, то для большинства из них.

Топы логико-концептуального типа могут иметь разное происхождение.

[1]) Olmstead et al. v. United States, 277 US 472 (1928), мнение несогласия судьи Брандейса.
[2]) Белкин А.А., Комментарии к решениям Конституционного Суда..., с. 8.
[3]) Белкин А.А. Комментарии к решениям Конституционного Суда..., с. 9.

1) Принципы, концепции и доктрины, разработанные судами как тесты для проверки правильности решения

Некоторые концепции формируются самими судами в результате последовательного рассмотрения ими однотипных дел. Эти концепции не являются нормой права, они представляют собой скорее инструмент измерения для проверки положений статутов на предмет их соответствия конституционным нормам. Необходимость установления определенных тестов, по которым бы проверялась содержательная легитимность закона, диктуется стремлением выработать стратегию оценки фактов, чтобы избежать произвольных и стихийных решений. Эти установленные судами тесты являются общими местами, ибо от них отталкиваются судьи в своем рассуждении при анализе спорных ситуаций в определенной области права. Общие места этого типа будут действительны только в пределах одной, создавшей их, государственно-правовой системы.

Так, Верховным Судом США были выработаны такие концепции как «разумное ожидание неприкосновенности частной жизни» (reasonable expectation of privacy), «упорядоченная свобода» (the concept of ordered liberty), «пристальное исследование» (strict scrutiny). Покажем на примере, как применяются подобные тесты. «Пристальное исследование» — тест, используемый для определения правомерности закона, устанавливающего дискриминационные различия. Чтобы закон был признан удовлетворяющим этому тесту, органы власти должны доказать, во-первых, что принятие закона, предусматривающего неравенство определенных классов лиц (напр., женщин, женатых, беременных, белых или черных), оправдывается наличием законного и чрезвычайного (compelling) государственного интереса, и, во-вторых, что установление такого различия необходимо для достижения определенной государственной цели. Эта концепция в качестве топа используется в аргументации по всем делам, связанным с нарушением «равной защиты закона» для какого-либо класса лиц (например, при принятии уголовного закона, возлагающего ответственность за половое сношение с несовершеннолетней даже при ее согласии исключительно на мужчину). «Разумное регулирование» (reasonable regulation) — еще один из тестов, установленных судом для проверки конституционности закона. «*Разумным*» регулирование является тогда, когда законодатель руководствуется сложившимися среди людей обы-



чаями, привычками и традициями, стремится обеспечить людям удобство и сохранить при этом общественное согласие и порядок.[1]

Важно заметить, что эти концепции «кочуют» из одного судебного решения в другое, а не просто были привлечены в качестве аргумента в каком-либо одном-единственном решении. Именно поэтому их можно рассматривать как общие места аргументации.

КС Германии также достаточно активно использует в своей аргументации доктрины и принципы, выведенные им в предыдущих решениях. Примерами могут служить доктрина федеральной обходительности (Bundestreue), принцип Sachzusammenhang («связанный с основным предметом»), принцип «природа вопроса» (Natur der Sache).

Доктрина «федеральной обходительности», например, предусматривает, что федеральное правительство и земли работают совместно и идут навстречу друг другу, пытаясь достичь взаимопонимания в своих отношениях. Эта доктрина не имела поддержки в языке Основного Закона, но суд вывел ее, основываясь на структуре и взаимоотношении частей его текста. КС сказал, что германский федерализм является в своей основе отношением доверия между государством в целом и правительствами земель. Каждая из земель имеет конституционную обязанность хранить верность (Treue) всем другим и уважать основанные на законе прерогативы других. Эта доктрина была использована судом в целом ряде дел, начиная с решения по делу *О финансовом выравнивании* (1952), и затем в делах *О проведении референдума по ядерному вооружению I, О конкордате, О телевидении I.* «В Германском федеративном государстве, — говорится в одном из решений, — неписаный конституционный принцип взаимного обязательства федерации и земель поступать в интересах федерации управляет всеми конституционными отношениями между нацией в целом и ее членами и конституционными отношениями между самими членами... Из этого принципа федеральная конституция развила целый ряд конкретных правовых обязательств. Рассматривая конституционность так называемого горизонтального финансового выравнивания, этот суд сказал: «Федеральный принцип по своей природе создает не только права, но и обязательства. Одно из этих обязательств состоит в том, что финансово сильные земли должны оказывать помощь определенного размера финансово слабым землям...» (Дело о финансовом выравнивании I, BVerfGE 1, 131 (1952)). Это правовое ограничение, вытекающее из концепции

1) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). Geoffrey R.Stone et al., Constitutional ..., p. 489.

лояльности союзу, становится еще более очевидным при осуществлении законодательных полномочий: «Если последствия принятия закона не ограничиваются территорией одной земли, законодательный орган земли должен обратить внимание на интересы федерации и других земель...» (цитируя Дело о жалованье в Северном Рейне-Вестфалии, 4BVerfGE115, 140 (1954) ... В осуществлении федеральной юрисдикции в области телерадиовещания, принцип профедерального поведения также приобретает фундаментальную важность...».[1]

Доктрина Sachzusammenhang («связанные с ней») предусматривает, что федеральное правительство вправе регулировать какой-либо предмет вне пределов полномочий, предоставленных ему в тексте основного Закона, если оно не может избежать этого регулирования, принимая закон в области, непосредственно относящейся к предмету своего ведения. Например, федеральное правительство может регулировать государственные судебные пошлины, если к его ведению относятся вопросы гражданского права и процесса.

Доктрина Parteienstaat («партийного государства») была выведена судом из положений конституции, закрепляющих участие партии в формировании политической воли народа и обязывающих партии отчитываться об источниках своего финансирования. Роль партий, как подчеркивает в своих решениях КС, состоит в том, что они предоставляют электорату возможность взвесить политические альтернативы, ведут к позитивным дискуссиям по проблемам, помогают прояснить позицию большинства, способствуют достижению консенсуса в обществе. Именно на этом основании была признана конституционной практика освобождения от налогообложения тех сумм прибыли, которые были перечислены в качестве пожертвований политическим партиям.

Помня о тех условиях, которые привели к гитлеризму, судьи КС Германии выработали концепцию, известную под названием «воинственная демократия». Впервые это словосочетание появилось в решении 1956 года о неконституционности коммунистической партии Германии, в котором суд признал, что из истории принятия Основного Закона, исторического опыта, предшествовавшего его разработке, и смысла конституционных норм следует признание «воинственной демократии» как конституционного принципа, которого суд обязан придерживаться. Этот принцип означает, что государство может ограничить или даже отменить демократические права, провозглашенные конституцией, по отношению к тем, кто пыта-

1) Первое дело о телевидении, (1961) 12 BverfGE 205.



ются их использовать во вред «свободному демократическому порядку».

Принцип «природы вопроса рассмотрения» указывает, что федерация имеет право регулировать вопросы, непосредственно к ее полномочиям не относящиеся, в том случае, когда только она в состоянии урегулировать их эффективно. Используя этот принцип, суд подтвердил полномочие федеральной власти определять место нахождения федерального правительства и создавать национальную символику.[1]

Когда возникает необходимость взвесить конфликтующие между собой ценности, суд руководствуется принципом пропорциональности. То, как КС Германии практически использует данные общие места в своей аргументации при оценке конфликтующих между собой ценностей, можно проследить на ряде примеров. В деле *О небольших участках под огороды*[2] суд признал неконституционным федеральный закон, который был направлен на то, чтобы значительно ограничить право собственников земли на расторжение контрактов об ее аренде. Огородные участки на окраинах больших городов были в свое время характерной чертой социальной организации германского общества и играли значительную роль в обеспечении населения продуктами питания. Исходя из социальных нужд населения и национальной политики в области ограничения урбанизации, законодатели утверждали, что введение ограничения для собственников земли на право расторжения договоров с арендаторами огородных участков не будет противоречить Основному Закону, поскольку статья 14 предусматривает, что «собственность обязывает» и что ее «использование должно одновременно служить общему благу». Однако суд признал, что в данном случае бремя, накладываемое на собственность, является слишком тяжелым и непропорциональным цене защищаемых интересов.

Подобным образом, в деле *О контроле над арендой и арендной платой*[3] суд строил свое решение, исходя из аргумента, что при установлении ограничений, накладываемых на арендную плату за жилье, законодатель должен был исходить в равной мере как из интересов арендаторов, так и из интересов собственников жилья.

Таким образом, положение Конституции, что «собственность обязывает» и «ее использование должно служить общему благу» не означает презумпции правомерности вмешательства государства в ограничение собственности, а требует в каждом конкретном случае взвешивать те

1) 3 BVerfGE 407, 422 (1954).
2) Kommers, Donald p. The Constitutional Jurisprudence..., p. 254.
3) Дело О принцессе Сорайе (1973, 34 BVerfGE 269).

ценности, которые кладутся на чашу весов как противовес ценности под названием «собственность».

Достаточно часто судами различных стран используются концепции справедливости и равенства.

К принципам справедливости и равенства обратился, в частности КС РФ, устанавливая неконституционность положения Закона г. Москвы, устанавливающего уплату сбора в 500-кратном размере минимальной месячной оплаты труда гражданами, прибывающими на жительство в Москву на площадь, принадлежащую им на праве собственности. Принцип равенства нарушается, поскольку «статья 2 Закона города Москвы от 14 сентября 1994 года не учитывает финансового потенциала различных налогоплательщиков и фактически устанавливает подушную систему налогообложения, что при чрезмерно высоком налоге означает взыскание существенно большей доли из имущества неимущих и малоимущих граждан и меньшей доли — из имущества более состоятельных граждан».[1]

Концепции «справедливости», «равенства», «свободы» лежат и в основе аргументации судьи КС РФ М.В. Баглая: «При выборе формы налогообложения любой законодатель обязан исходить из принципов добра и справедливости, закрепленных во вводных положениях к Конституции... Хотя правовое государство начинается с формального равенства, равенство граждан и их свободы нельзя доводить до абсурда, ограничиваясь формальным равенством правовых статусов. В ограничении прав одних лиц может состоять правомерная защита прав других лиц, а справедливые льготы отдельным гражданам исправляют этические пороки формального равенства между всеми гражданами. Эта истина... сохраняет значение... и при установлении... сборов, если они не предусматривают разумную дифференциацию».[2]

Достаточно часто суды используют аргумент соразмерности, поскольку он тесно связан с понятием справедливости / несправедливости возложенного бремени. Например, статья 35 (часть 2) Конституции РФ предусматривает возможность для собственника распорядиться принадлежащим ему имуществом, что является основой свободы наследования. «Вместе с тем, — как заметил КС РФ, — статья 35 (часть 4) Конституции Российской Федерации не провозглашает абсолютной свободы наследования. Она, как и некоторые другие прав и свободы, может быть ограничена законодателем, но только в той мере, в какой

[1]) ВКС, 1996, №2, с. 53.

[2]) Особое мнение по делу о проверке конституционности ряда актов, устанавливающих сборы с граждан, прибывающих на жительство в Москву: (ВКС, 1996, №2, с. 61).



это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (статья 55, часть 3, Конституции Российской Федерации), то есть при условии, что ограничения носят обоснованный и соразмерный характер».[1] Еще один пример подобного аргумента: «Следует признать, что процедура реализации права гражданина, включающая и условия такой реализации, может привести к отрицанию или умалению самого права либо к сознательному его ограничению... С точки зрения основного содержания конституционного права наследования возможна оценка степени (меры) его ограничения федеральным законом с тем, чтобы не допустить отрицания самого права или его умаления...»[2]

Если принципы права устанавливаются и детализируются самим судом, который продолжает их придерживаться и развивать в последующих решениях, то аргументация, на них основанная, является достаточно последовательной, решения суда — в достаточной мере прогнозируемыми, а выбор варианта толкования нормы — не произвольным, а вполне объяснимым. Как справедливо замечает А.А. Белкин, «обоснование текущего законодательства со стороны конституционных принципов заключается в установлении известных пределов, внутри которых с учетом конкретных условий может совершаться выбор варианта нормы».[3]

2) Правовые доктрины и теории

Гораздо сложнее обстоит дело с использованием в качестве источника аргументации доктрин права, ибо доктрины права, как любые научные и социальные теории, никогда не могут пониматься всеми единообразно и всеми без исключения разделяться. Особенно показательным в этом плане является обращение к доктринам разделения властей, правового государства и суверенитета. Используя одну и ту же доктрину, судьи двигаются порою в совершенно противоположных направлениях.

Вот аргументация от принципов «правового государства» из практики КС РФ: «Конституция Российской Федерации (статья 2), основываясь на принципах правового государства, провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью. Права человека, являясь естественными и неотъемлемыми, определяют смысл, содержание и приме-

[1]) ВКС, 1996, №1, с. 4.

[2]) ВКС, 1996, №1, с. 9. Особое мнение судьи Н.В.Витруку по делу о проверке конституционности статьи 560 Гражданского кодекса РСФСР.

[3]) ВКС, 1996, №1, с. 11.

нение законов... Введение жестко ограниченного по объему понятия вновь открывшихся обстоятельств, позволяющих возобновить уголовное дело, по существу освобождает государство от обязанности обеспечивать приоритетную защиту прав и свободы в случаях судебных ошибок, не выявленных в обычном надзорном порядке, и ограничивает право каждого защищать свои интересы в таких ситуациях всеми не запрещенными законом способами (статья 45, часть 2, Конституции Российской Федерации)».[1]

Самой туманной с точки зрения аргументации является, вне всякого сомнения, доктрина разделения властей. Примеры ее использования можно найти в судебных решениях практически любых стран.

Статья 10 Конституции РФ устанавливает, что государственная власть в России осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Исходя из этого, Законодательное Собрание Камчатской области утверждало, что пункт 2.3 *Положения о главе администрации края, области, автономного округа РФ...*, устанавливающий, что законы, принятые законодательным органом субъекта РФ, подписываются и обнародуются главой исполнительной власти данного субъекта, противоречит Конституции как несоответствующий доктрине разделения властей. Конституционный Суд РФ признал, что эти нормы не противоречат Конституции, ибо «участие главы исполнительной власти в законодательном процессе соответствует принципам разделения властей и единства системы государственной власти (статья 5 часть 3 и статья 10 Конституции РФ) и закреплено применительно к законодательному процессу на федеральном уровне (пункт «д» статьи 84, статьи 107 и 108 Конституции Российской Федерации)».[2]

Как и в ряде других решений, КС РФ здесь использовал, на самом деле, не аргумент от «разделения властей», которое может быть проведено в различных формах и с различной степенью «обособленности» каждой из ветвей власти, а так называемый аргумент «гомогенности» власти, приняв за общее место точку зрения, в соответствии с которой структура и организация органов власти на местах должна копировать существующую федеральную систему (что вовсе не является обязательным в других странах, также признающих принцип разделения властей).

Достаточно неожиданным является обращение КС РФ к доктрине разделения властей в решении по Делу о Министерстве безопасности

[1]) Пост. КС РФ от 2 фераля 1996 г., ВКС, 1996, №2, с. 7.
[2]) Пост. КС от 30 апреля 1996 г., ВКС, 1996, №3, с.21.



и внутренних дел от 14 января 1992 года, в котором из этой доктрины было выведено правило, запрещающее соединение конкретных органов одной ветви власти ( в данном случае, объединение МВД и АФБ РСФСР).

Именно поэтому в судительной аргументации, которая изначально предусматривает оценку диаметрально противоположных аргументов, приведенных сторонами-противниками в судебном споре, при обращении к правовым или политическим концепциям как общим местам необходимо в каждом конкретном случае раскрывать их понимание. Как правило, в решениях КС России мы этого не находим. Тем примечательнее попытки дать определение этим концепциям в особых мнениях судей. В качестве примера можно привести аргументацию судьи Н.В. Витрука в особом мнении по делу о проверке конституционности ряда положений Устава Алтайского края: «Принцип разделения властей означает не только самостоятельность каждой из ветвей государственной власти (законодательной, исполнительной и судебной) в пределах своих полномочий, но и их взаимодействие и сотрудничество, что обусловлено единством государственной власти, необходимостью обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, защиты других основ конституционного строя. Однако модели организации государственной власти на основе принципа разделения властей разнообразны. Различия возможны в полномочиях органов законодательной и исполнительной власти, в формах их взаимодействия между собой... Соблюдение основ конституционного строя и общих принципов, установленных федеральным законом, не означает копирования федеральной схемы взаимоотношений законодательной и исполнительной властей, установления единообразия для всех субъектов Российской Федерации».[1] Подобное объяснение своего понимания концепции разделения властей является хорошим основанием для развертывания дальнейшей аргументации. Однако несмотря на логичность и обоснованность, оно не привело к присоединению большинства к точке зрения судьи Н.В. Витрука.

В Германии принцип разделения властей нашел отражение в статье 20 (2) Основного Закона, которая гласит: «Вся государственная власть... осуществляется... специальными законодательными, исполнительными и судебными органами». Однако КС признает, что этот принцип не может быть реализован в чистой форме. Разделение властей в его подходе — это, скорее, система взаимного контроля.

[1]) ВКС, 1996, №1,с. 22.

В решении по *Делу Класса* суд признал соответствующим тексту конституции положение, что жалобы на неправомерное подслушивание телефонных переговоров спецслужбами должны рассматриваться не обычными судами, а специально созданными административными органами, назначенными парламентом. Он решил, что в данном случае нет нарушения принципа разделения властей, так как этот принцип не означает и не требует строгого разделения полномочий, ибо «существенным пунктом является то, что выполняется основная цель разделения властей, а именно, взаимное ограничение и контроль государственной власти».[1]

В решении по *Делу о роспуске парламента* (1984), которое составляет 116 страниц, КС Германии обратился к доктрине разделения властей не только для интерпретации относящихся к делу статей Основного Закона, но и для обоснования конституционности предпринятых канцлером Колем и президентом Карстенсом политических действий. Это подтверждает ту истину, что апелляция к политико-правовым доктринам всегда неразрывно связана с текущей политической ситуацией и может привести к самым разным решениям в зависимости от того, какая ситуация стоит за аргументацией суда.

Несколько особняком от остальных стоит **апелляция к доктрине естественного права.** Она встречается крайне редко, однако следует иметь в виду то, что она все-таки возможна. Другое дело, что суд вряд ли осмелится вынести свое решение, обосновывая его исключительно принципами естественного права. Характерно, что оба примера встретились в аргументации американского суда. Один из них взят из мнения судьи Дугласа по делу *Ро против Уэйд,* так изложившего свои мотивы для признания за женщиной права на аборт: «Девятая поправка... говорит: «Перечисление в Конституции определенных прав не должно толковаться как отрицание или умаление других прав, сохраняемых народом». Но каталог этих прав включает привычные, традиционные и освященные временем права, удобства, привилегии и иммунитеты, которые пришли под крылом «благ свободы», упомянутых в преамбуле Конституции. Многие из них, как мне представляется, входят в значение термина «свобода», использованного в Четырнадцатой Поправке.

Первое — это автономный контроль над развитием и выражением своего интеллекта, интересов, вкусов и индивидуальности...

[1]) Kommers, D. The Constitutional Jurisprudence..., p. 137.



Второе — это свобода выбора основных решений своей жизни, касающихся брака, развода, рождения потомства, контрацепции, а также образования и воспитания детей...

Третье — это свобода заботиться о своем здоровье и личности, свобода от физического ограничения или принуждения, свобода ходить, бродить или слоняться».[1]

В деле *Бойда* Верховный Суд США также ссылается на «естественное право» — законы, которые происходят из источника, независимого от человеческого правительства.

Обращение к доктринам и концепциям позволяет при одном и том же ходе рассуждений прийти к абсолютно противоположным выводам. Для этого даже не нужно менять доводы в структуре аргумента, достаточно заменить в нем обосноуемое положение. Это становится возможным в силу того, что любая концепция или доктрина, даже в том случае когда она отличается неким единством понимания (что бывает достаточно редко), всегда имеет множество оттенков, нюансов и граней, и может истолковываться различно в зависимости от того, какой гранью ее повернуть.

Вот пример обращения к концепции парламентского иммунитета, взятый из практики КС РФ, который искал аргументы в защиту особого порядка привлечения депутата к уголовной или административной ответственности. Такой порядок, по признанию суда, «составляет одну из существенных черт парламентского имммунитета». «По своей природе парламентский иммунитет, — продолжил суд, — предполагает наиболее полную защиту депутата при осуществлении им собственно депутатской деятельности (реализации депутатских полномочий, выполнении депутатских обязанностей). Его нельзя привлечь к уголовной или административной ответственности за высказанное мнение, позицию, выраженную при голосовании, и другие действия, соответствующие статусу депутата [...] Законодатель, однако, не может игнорировать общий смысл и цели этого правового института, а также не учитывать его место в системе норм Конституции Российской Федерации. ...Неприкосновенность парламентария не означает его освобождения от ответственности за совершенное правонарушение, в том числе уголовное иди административное, если такое правонарушение совершено не в связи с осуществлением собственно депутатской деятельности. Расширительное понимание неприкосновенности в таких случаях вело бы к искажению публично-правового характера парламентского иммунитета и его превращению в личную привилегию, что

[1]) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

означало бы, с одной стороны, неправомерное изъятие из конституционного принципа равенства всех перед законом (статья 19, часть 1), а с другой — нарушение конституционных прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью (статья 52) ... И если по завершении предварительного следствия Генеральный прокурор Российской Федерации придет к выводу о необходимости передать дело... в суд, он должен незамедлительно внести представление в соответствующую палату Федерального Собрания. Если палата... не примет... решения о лишении депутата неприкосновенности, вопрос о его предании суду снимается». Казалось бы, аргументация вполне убедительна. Однако вывод представляется не вполне вытекающим из приведенных доводов и даже несколько противоречащим им: «Таким образом, оспариваемые положения... применительно к действиям, не связанным с осуществлением депутатской деятельности, не соответствуют Конституции Российской Федерации, ее статьям 15 (часть 1), 19 (часть 1), 52, 98 **в той мере** (выделено мною! — А.С.), в какой эти положения препятствуют возбуждению уголовного дела, проведению дознания и предварительного следствия, досудебному производству по **административным правонарушениям**» (выделено мною — А.С.). То есть, проще говоря, если депутат насмерть сбил человека, проезжая по пешеходному переходу с повышенной скоростью, то его нельзя привлечь к уголовной ответственности, если его палата не даст своего согласия на такое привлечение. Это будет конституционно, поскольку вытекает из концепции «парламентского иммунитета» в понимании судей Конституционного Суда РФ.

## IX. Социальные ценности

Формально принятые законы — не единственный источник, на котором суд может и должен основывать свои решения. КС Германии заявил об этом прямо в решении по делу *Принцессы Сорайи*: «Формулировка, выбранная в статье 20, свидетельствует нам о том факте, что хотя «закон и справедливость» в большинстве случае совпадают, это не всегда бывает именно так. Справедливость не идентична совокупности написанных законов. В определенных обстоятельствах может существовать и закон, действующий вне пределов позитивных норм, принятых государством — закон, который имеет своим источником конституционный правопорядок как значимую, всеобъемлющую систему, и функцией которого является корректировка писаных норм. Задача суда — найти такой закон и сделать его реальностью в требующих его при-



менения случаях... [Он] может быть вынужден вынести ценностное суждение (акт, который необходимо предполагает волевой элемент); то есть, вывести на свет и воплотить в своем решении те ценностные концепции, которые скрыты в сущности конституционного правопорядка, но которые не нашли, или нашли недостаточно, воплощения в языке писаных законов. Выполняя эту задачу, судья должен избегать произвола, его решения должны основываться на рациональных аргументах. Он должен ясно показать, что писаный закон не смог выполнить свою функцию предоставления справедливого решения для данной конкретной правовой проблемы... Никто не может обвинять судью в том, что, вынужденный решить находящееся перед ним дело и убежденный, что ему не стоит рассчитывать на скорое внесение изменений законодателем, он не стал следовать буквальному значению существующего писанного закона в случае, когда ради подобного следования пришлось бы пожертвовать справедливостью в отдельном конкретном случае».[1]

Создатели конституций стремились закрепить те свободы, права и блага, которые представлялись им наиболее важными, то есть имеющими наивысшую ценность. Собственно, любой законодательный акт можно рассматривать как отражающий, пусть до определенной степени, приоритеты, презумпции и ценности, либо уже присутствующие в данном обществе в данное время, либо желательные на будущее.

В настоящее время большинство конституций обнаруживают значительное сходство в перечне прав и свобод, которые воспринимаются как представляющие наивысшую ценность для общества. Тем интереснее обнаруживать различия: в том, как формулируются эти ценности, насколько абсолютный характер они имеют, что в себя включают. Разница состоит и в том, как они выстраиваются в иерархию — в и в самом тексте конституции, и в решениях конституционных судов по конкретным вопросам. Иерархию ценностей можно составить, изучая решения по тем делам, где суду приходится взвешивать конфликтующие ценности, делая между ними выбор. Изучая эти решения, можно получить достаточно верное представление об эпидейктической системе общества и об изменениях ценностных ориентиров в нем с течением времени.

Вот приблизительный перечень основных ценностей, к которым апеллируют защитники и адвокаты в своих речах и которыми руководствуются суды в своей аргументации при обосновании принятого решения: долг, справедливость, свобода, равенство, человеческое до-

[1]) 1973, 34 BVerfGE 269.

стоинство, благополучие общества, автономия личности, естественные (фундаментальные) права, собственность, жизнь, счастье. В решениях Верховного Суда США ценностную характеристику приобретают «совершенный Союз», «внутреннее спокойствие», «совместная оборона», «общее благосостояние». В Италии ценностью становится «фундаментальный интерес общества».

Некоторые из ценностей (жизнь, равенство, собственность, достоинство человека) прямо провозглашены в текстах конституций. В таком случае апелляция к ним является апелляцией к определенной конституционной норме. Например: «При отсутствии других механизмов установление в законе фактического запрета обращаться к органам судебной власти за защитой от ошибочных решений в случаях, не подпадающих под признаки пункта 4 части второй статьи 384 УПК РСФСР, означает для человека обязанность подчиниться незаконному, необоснованному осуждению. Лишение права оспаривать такое осуждение явно умаляет достоинство личности. Вместе с тем в соответствии со статьей 21 Конституции Российской Федерации «ничто не может быть основанием для его умаления»[1]; «Создатели нашей Конституции постарались закрепить условия, благоприятные для достижения счастья. Они признавали значимость духовной природы человека, его чувств и его интеллекта. Они знали, что только часть боли, наслаждения и удовлетворения жизнью можно найти в материальных вещах. Они стремились защитить американцев в их убеждениях, их мыслях, их эмоциях и их чувствованиях. Они наделили их, для защиты от государства, правом быть оставленным наедине с собой — наиболее объемным из прав и правом, наиболее ценимым цивилизованными людьми».[2]

Наиболее совершенное воплощение ценностный подход к праву находит в решениях КС Германии, который прямо заявил в одном из своих решений: «Данная конституция не является свободной от ценностей; она признает определенные ценности как фундаментальные и... требует от государства их охраны (статья 1)...[3] Это фундаментальное конституционное решение не позволяет государству принимать на гражданскую службу лиц, которые не признают свободный демократический порядок, верховенство права, социальное государство, и противостоят им». В процитированном *Деле о лояльности государственных служащих* на

[1]) Пост. КС РФ от 2 февраля 1996 г., ВКС, 1996, №2, с. 8.

[2]) Судья Брандейс, особое мнение по делу Olmstead et al. v. United States (277 U.S. 438 (1928))

[3]) Статья 1: Достоинство человека: связанность государственной власти основными правами. (1( Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти.»



основе ценностного подхода суд приходит к выводу, что «государственный служащий не может работать в системе организованного управления, требовать личной безопасности и социальных благ, которые ему положены по должности, и в то же время пытаться разрушить фундамент своей профессиональной деятельности, используя свое положение. Свободный демократический конституционный порядок не может и не должен отдавать себя в руки своим разрушителям».[1] Как и во многих других случаях, суд заметил, что в данном случае сталкиваются две фундаментальные ценности: фундаментальное право человека на свободу выражения своего мнения и заинтересованность государства в создании надежного штата госслужащих, которые будут действовать в интересах охраны свободного демократического порядка. Суд пришел к выводу, что защита свободы выражения политических мнений должна защищаться государством постольку, поскольку она не противоречит принципу лояльности к государству.

Для КС Германии апелляция к иерархической системе ценностей, лежащих в основе Основного Закона, — один из основополагающих принципов его толкования. Кроме того, теория толкования от «объективного порядка ценностей» неразрывно связана с уже упоминавшейся интерпретативной концепцией структурного единства текста Конституции.

Достоинство человека и другие фундаментальные права личности рассматриваются в конституционном праве Германии как предшествующие появлению государства и, следовательно, стоящие в иерархии ценностей выше, чем государственный интерес. Суд трактует человеческое достоинство в свете кантианского взгляда, а именно, что к людям всегда надо относиться как к конечной цели, а не только как к объектам манипуляции. При этом «кантианская автономия, в глазах суда, включает сильное чувство моральной обязанности».[2] Об этом КС написал в решении по делу *О микропереписи населения*: «Человеческое достоинство находится на самой вершине конституционного порядка ценностей... Государство нарушает человеческое достоинство, когда относится к людям как к объектам. Следовательно, требовать от человека, чтобы они записал и зарегистрировал все аспекты своей индивидуальности — неконституционно, даже если такие попытки проводятся анонимно в форме статистического обзора; (государство(не может обращаться к человеку как к объекту, подлежащему какой-либо инвентаризации...»[3]

[1]) Дело о лояльности государственных служащих (1975, 39 BVerfGE 334).

[2]) Там же, с. 309.

[3]) 27 BVerfGE I (1969).

Основной Закон Германии, по мысли немецких судей, содержит в себе «общий порядок ценностей», который считается заранее данным, а не создаваемым самим Основным Законом. Некоторые немецкие исследователи утверждают, что этот «общий порядок ценностей», называемый в решениях суда также «высшими основными ценностями», «основополагающими концепциями Основного Закона» и даже «неписаными элементарными конституционными принципами», часто «позволяет интерпретаторам промыть структуру (конституции(в религиозных и идеологических растворителях по своему собственному выбору». Один из таких критиков, Зейдлер, писал, что использование подобных достаточно широких и неопределенных категорий очень часто ведет к триумфу общих ценностей над частными позитивными правами и свободами: «Кто контролирует [содержание] порядка ценностей, — заметил он однажды, -- тот контролирует Конституцию».[1]

Тем не менее «единство Конституции» и ее иерархия — два коронных принципа в судебной интерпретации конституционного текста Германии.[2]

Доктрина «объективного порядка ценностей» впервые была использована КС Германии в *деле Люта* в 1958 году. Суд писал в своем решении: «...Основной Закон не является ценностно-нейтральным документом... Его раздел об основных правах устанавливает объективный порядок ценностей... Эта система ценностей, которая выстраивается вокруг достоинства человека, свободно развивающегося в человеческом сообществе, должна рассматриваться как фундаментальное конституционное требование, затрагивающее все сферы права [публичного и частного]. Она служит средством измерения и утверждения всех действий в области законодательства, государственного управления и правосудия... Каждое положение частного права должно быть совместимо с этой системой ценностей, и каждая такая норма должна интерпретироваться в ее духе».[3]

В деле *Шмида-Шпигеля*[4] КС Германии указал, что неправомерное решение нижестоящих судов было вызвано тем, что они неправильно использовали иерархию ценностей при интерпретации закона, а именно «они не сумели признать конституционной важности процесса формирования общественного мнения, и, как следствие, значение основного права на свободу выражения было неадекватно рассмотрено при толковании и применении положений закона о диффамации». КС исходил из

[1]) Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence..., p. 322.
[2]) Kommers, D. The Constitutional Jurisprudence..., p. 137.
[3]) L(th Case. 7 BVerfGE 198 (1958).
[4]) 12 BVerfGE 113 (1961).



того, что любые законы должны толковаться в свете конституционных ценностей, а свобода слова — необходимый элемент свободного демократического порядка, гарантирующий диспуты и обмен мнениями, являющиеся его живым элементом. Цель свободы слова — формирование общественного мнения, и именно эта ее роль должна учитываться при сопоставлении двух ценностей: ценности чести и ценности свободы слова.

Интересный подход КС Германии проявил при решении дела *О книге Клауса Манна «Мефистофель»*.[1] Клаус Манн опубликовал сатирический роман, основанный на карьере своего родственника Густава Грюндгенса, — актера, игравшего Фауста и снискавшего славу во времена Третьего Рейха. Герой романа, Хендрик Хёфген, стал карикатурным отражением своего прототипа. В 1964 г., когда роман было решено переиздать, приемный сын Грюндгенса добился судебного решения, запрещающего распространение книги на том основании, что она порочит доброе имя и память ушедшего из жизни актера. Издатель обратился в КС Германии, считая, что подобное решение несовместимо со статьей 5 (3) Основного Закона, гарантирующей свободу искусства и научного творчества. Конституционному Суду пришлось делать выбор между правом на свободу художественного творчества, с одной стороны, и правом на защиту личной жизни и человеческого достоинства, с другой (статья 1 Основного Закона).

В своем решении судьи заявили, что «должны... отвергнуть мнение, будто конституционный порядок, права других и моральный кодекс могут ограничить свободу художественного творчества... С другой стороны, право на свободу художественного творчества не является неограниченным... ...Мы должны решать конфликт, касающийся гарантии художественной свободы, посредством интерпретации Конституции, исходя при этом из порядка ценностей, установленного в Основном Законе, и из единства этой фундаментальной системы ценностей. Как часть системы ценностей Основного Закона, свобода художественного творчества тесно связана с достоинством человека, гарантированным статьей I, которое, как наивысшая ценность, подчиняет себе всю остальную систему ценностей Основного Закона. Но гарантия свободы искусства может приходить в противоречие с конституционно охраняемой сферой частной жизни в силу того, что произведение искусства может иметь и социальные последствия.

Так как произведение искусства действует не только как эстетическая реальность, но и существует в социальном мире, использование

[1]) Mephisto Case (30 BVerfGE 173 (1971)

художником частных сведений о людях из его окружения может нарушить их права на общественное уважение и признание...

...Необходимо принять во внимание, является ли и в какой мере «образ» конкретного человека столь независимым от «оригинала» в результате художественной обработки материала и его включения в общую ткань произведения и подчинения ей, чтобы и сама личность, и интимные аспекты ее жизни стали объективными в смысле общего, символического характера «действующего лица». Если такое исследование... обнаруживает, что художник дал и даже хотел дать «портрет» оригинала, тогда [разрешение конфликта] зависит от степени художественной абстракции или степени и важности «вымысла» с точки зрения репутации или памяти заинтересованного лица».

КС отметил, что, принимая решение по данному делу, суды общей юрисдикции вынесли правильное решение, адекватно взвесив конфликтующие между собой конституционные права сторон. Он отвел заявление Клауса Манна, о том, что запрет на публикацию книги «Мефистофель» является диспропорциональным по отношению к праву прототипа главного героя на уважение. Суд исходил из того, что принцип пропорциональности при вторжении в права человека принимается во внимание только тогда, когда речь идет о вторжении в них государства. В данном же случае суд взвешивал права двух частных лиц.

А вот пример взвешивания ценностей иного порядка: свободы выражения и свободы информации, с одной стороны, и социальной и политической заинтересованности в этой информации, с другой. Так, в *Деле об рекламе аптеки* суд решил, что «мотив прибыли при даче объявления перевешивает ценность содержащейся в нем информации», а следовательно, рекламные объявления не пользуются защитой положения о свободе информации.

С течением времени аналитический подход суда к взвешиванию конфликтующих ценностей не оставался неизменным. В деле Люта (1958) перевесила такая конституционная ценность, как свобода слова, в 1970-80 годах суд отдавал предпочтение частным правам, по сравнению с которыми свобода слова уже не имела высшего статуса. Наконец, в 1976 году в одном из дел суд констатировал, что отныне баланс ценностей в каждом конкретном случае должен проводиться нижестоящими судами: «Конституционный Суд не может пересматривать решение нижестоящего суда только потому, что, если бы он сам решал это дело, он бы по-другому взвесил противовесы и, следовательно, пришел бы к другому решению».[1] Таким образом, даже в Германии было признано, что

[1]) Kommers, D. The Constitutional Jurisprudence , p. 388.



практически невозможно составить раз и навсегда данную иерархию ценностей, которая имела бы вневременной и беспрекословный характер.

Свобода слова, стоявшая ранее на одной из самых высоких ступеней в иерархии ценностей, приобрела относительный характер, когда в качестве противовеса выступили такие ценности как верность работодателю, профессиональная честь, объективность, военная дисциплина.

Однако во многих случаях речь идет не о конкретных ценностях, упомянутых в тексте конституций, а о нравственных ценностях, лежащих в основе морали того или иного общества.

Джон Харт Или писал: «...Список ценностей, которые суд и комментаторы стремятся запечатлеть как фундаментальные, — это список, который читатели данной книги смогут составить без труда: выражение, ассоциация, образование, академическая свобода, неприкосновенность жилища, автономия личности, даже право не быть связанной стереотипным восприятием роли женщины и право не быть на иждивении своего мужа. Но посмотрите как большинство теоретиков фундаментальных прав начинают пятиться к двери, когда кто-либо упоминает работу, еду или жилье: они, конечно, важны, но они не являются *фундаментальными*. «Джон Харт Или[1] считает, что те ценности, которые признают фундаментальными сýдьи, не отражают политических или этических предпочтений людей, имеющих свои интересы, и навеяны светом лампы. Ценности какого класса воплощены в законодательных актах и судебных решениях? Верхнего и среднего. Это неудивительно, так как судьи выходят из той же социальной среды, что и законодатели.

Вопрос о ценностных ориентирах общества — это не только вопрос о том, разделяются ли данные ценности *всем* обществом или только его частью. Еще в 19 веке русский профессор Л.Е. Владимиров обращал внимание юристов на то, что и состав ценностей, и тем более их иерархия в разных странах не совпадают. В книге «Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств»[2] он писал: «Чувство справедливости меньше развито, например, в нашем обществе, чем в обществе английском или французском. Прислушайтесь к нашему способу аргументировать, к нашей оценке людей и поступков, присмотритесь к нашим обыкновенным житейским отношениям, и вы увидите, что *справедливость* редко призывается, как аргумент, как апелляция к последней инстанции. Напротив, в Англии и

[1]) Ely, John Hart. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. — 1980, p. 59.

[2]) Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. Харьков, 1873, с. 12.

Франции справедливость составляет могучий аргумент. Она подвигает массы, она — сильный мотив, стимул». В Англии общественным идеалом является чувство нравственной обязанности, чувство долга (duty), «а другие народы могут зажигаться принципами славы, бескорыстного служения человечеству».[1] Разное отношение у различных народов и к богатству. Если в некоторых странах оно дает прекрасный случай ничего не делать, то в Англии — это высокая обязанность, т. к. дает ценз на высшую общественную деятельность. Во Франции долг (devoir) тоже ценится, но важнее все же военная слава, честь, бескорыстное служение мировым принципам. Эти места «более накаляют французскую натуру, чем скромное чувство обязанности».[2] В России же, — писал Владимиров, — «общественная обязанность только тогда будет... в числе добродетелей, когда будет выработана политическая добродетель...».[3]

Таким образом, относительность любой моральной ценности и некоторая подвижность всей иерархии плюс существование различных систем ценностей внутри одного общества делают невозможным четкое и однозначное, подобно таблице Менделеева, изложение этой системы даже для одной отдельно взятой страны. Можно говорить лишь о ценностях самого общего плана и о том относительном весе, который придает им в данный момент то или иное сообщество. Даже пословицы, отражающие нормы народной морали, бывают противоречивы.[4]

Нет ничего удивительного в том, что в судебной практике мы находим примеры, когда одна из сторон по делу предпринимала попытки оспорить правомерность конкретного закона с точки зрения его моральной подосновы. Так, истец по делу *Бауэрс против Хардвика*[5] выдвинул аргумент, что должен считаться неправомерным закон штата Джорджия, запрещающий гомосексуальную содомию, поскольку его рациональной основой служит исключительно стремление запретить поведение, являющееся аморальным. В то же время, по его мнению, рациональной основой закона не может служить лишь одна из возможных точек зрения на мораль, даже если ее и разделяет большинство населения. Суд не согласился с таким аргументом, почувствовав опасность создания прецедента: «Закон... всегда основывается на представлениях о морали, и если все законы, отражающие в своей основе тот или иной моральный выбор, будут оспариваться как неправомерные..., суды будут поистине слишком заняты. [...] Ответчик... настаивает,

[1]) Там же, с. 20.
[2]) Владимиров Л.Е. Суд присяжных..., с. 20.
[3]) Там же, с. 20.
[4]) Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence, p. 367.
[5]) 478 U.S. 186 (1986).



что представления большинства о моральной стороне гомосексуальных контактов должны быть объявлены неадекватными. Мы с этим не согласны, и не убеждены в том, что на этом основании должны быть признаны недействительными законы о содомии в 25 штатах».[1]

Анализ судебных решений различных стран о конституционности / неконституционности абортов показывает, что, несмотря на различия в постановке вопроса, суды практически решали одну и ту же задачу — как то или иное общество должно относиться к абортам: как к убийству, как к средству контроля рождаемости или как к праву женщины самой определять свое будущее? Нет никаких сомнений в том, что всё это были попытки ***правовыми средствами*** решить вопросы ***морали***.[2] Так, например, утверждение германского КС о том, что у государства есть конституционная обязанность защищать жизнь эмбриона, и отказ австрийского суда принять такую же точку зрения нельзя объяснить, исходя текстов соответствующих конституций, однако можно понять, принимая во внимание исторические условия принятия соответствующих документов.

Определяющую роль при выборе решения играли ценности, лежащие в основе культурной традиции той или иной страны. Судьи при обосновании принятого решения вынуждены ориентироваться на аудиторию, к которой обращен текст, а значит, апеллировать к тем ценностям, которые ею разделяются.

## X. Научные данные

Выдержки из научных трудов юристов особенно часто встречаются в аргументации КС Германии. Так, в деле по иску принцессы Сорайи суд, столкнувшись с необходимостью отразить новые тенденции в представлении о моральном вреде, привел выдержки из авторитетных трудов юристов, занимавшихся исследованием данного вопроса. При этом суд заметил, что обращение к авторитетным трудам ученых-юристов в целях поддержки своей аргументации ранее неоднократно имело место

[1]) Bowers v. Hardwick (478 U.S. 186 (1986).
[2]) Именно поэтому, несмотря на большую или меньшую однотипность правовых норм, лежащих в основе решений, сами решения порою диаметрально противоположны (от предоставления женщине практически неограниченных прав в выборе решения в США, свободы выбора на ранних сроках беременности в Австрии, Дании, Греции, Норвегии и Швеции, через разрешение абортов на ранних сроках только по медицинским основаниям в Италии, Франции и Англии, до разрешения абортов только в особых случаях типа беременности в результате инцеста или изнасилования, отклонений в развитии плода и т.п. в Испании или Португалии, до полного запрещения абортов в Бельгии, Ирландии и Польше).

в решениях федеральных судов и что сам факт правомерности подобного обращения никогда никем не оспаривался. Суд решил не ждать изменений в законодательстве, так как большинство специалистов в области гражданского права и разработчики нового законопроекта были согласны с тем, что необходимо возмещение морального вреда в ряде случаев, не связанных с причинением вреда физического, и посчитал возможным удовлетворить иск принцессы Сорайи, руководствуясь существующими научными теориями в области гражданского права.

Наиболее часто привлекаются данные медицины. Показательными в этом плане являются решения судов по вопросам конституционности законодательства об абортах. Решение Конституционного Суда Германии о неконституционности законов, смягчающих наказуемость за совершение абортов, содержит, например, следующие доводы: «(b) Интерпретируя статью 2 (2) [I] Основного Закона, мы должны исходить из ее слов: «Каждый имеет право на жизнь...». Жизнь в смысле развивающегося существования человеческого индивида начинается, в соответствии с установленными биологическо-физиологическими фактами, на четырнадцатый день после зачатия (имплантации, индивидуализации). Процесс развития, таким образом, начинается как непрерывный, не обнаруживающий явных демаркаций и не позволяющий провести сколь либо точное отграничение различных стадий развития человеческой жизни. И этот процесс не кончается с рождением; например, формирование сознания, характеризующего человеческую личность, не происходит до определенного момента после рождения. Следовательно, мы не можем ограничить действие статьи 2 (2) [I] Основного Закона ни защитой только «законченного», родившегося человеческого существа, ни защитой плода (nasciturus), способного к независимому выживанию».[1]

Американский Верховный Суд, рассматривая тот же аргумент, пришел, однако, к совершенно другому выводу: «Мы не должны решать трудный вопрос о том, когда начинается жизнь. Когда те, кто искушен в соответствующих дисциплинах — медицине, философии и теологии — не могут прийти к консенсусу, судебная власть, на данном этапе развития человеческого знания, не вправе давать спекулятивных ответов...».[2]

КС Австрии при вынесении решения рассмотрел данные медицинской литературы о возможных осложнениях и других неблагоприятных

[1]) Abortion Case, (1975) 39 BVerfGE 1).
[2]) Roe v. Wade (410 U.S. 113 (1973))



последствиях для здоровья женщины, перенесшей аборт после трех месяцев беременности, но не счел медицинские основания — точно так же, как и религиозные, философские либо научные — играющими роль в решении правового спора. В то же время суд принял во внимание данные медицины о выживаемости плода вне утробы матери, согласившись с тем, что с этого момента плод приобретает самостоятельный, независимый от матери правовой интерес, а именно право на жизнь.

КС Германии приводит различные научные данные, а именно данные медицины, психологии и социологии, в поддержку своих рассуждений при решении вопроса о конституционности пожизненного заключения.[1] Он подвергает глубокому анализу значительное количество научной литературы, исследующей проблемы влияния пожизненного заключения на человеческую личность.

Данные медицины были одним из основных аргументов, когда КС Германии рассматривал вопрос о конституционности действий государственных органов, отказавшихся внести изменения в свидетельство о рождении лица, перенесшего операцию по изменению пола. Согласно данным медицины, транссексуалы испытывают невыносимую борьбу между телом и духом, и операция по изменению пола не может рассматриваться как аморальная. В этой связи отказ в изменении записей в документах не согласуется с конституционным правом человека на уважение достоинства его личности, поскольку имеет силу морального приговора. В данном случае заключение медиков используется как **аргумент к авторитету**.

В США судьи в деле *Браун против департамента образования* в обоснование своих доводов о неблагоприятном психологическом влиянии раздельного обучения на черных детей ссылаются на психологические научные исследования по данной проблеме и приводят внушительный список научной литературы.

Нет никакого сомнения в том, что научные данные со временем появятся в качестве топов и в решениях КС РФ.

## XI. Социальные теории

Решения любого суда в значительной мере определяются господствующими политическими и социальными теориями. Рональд Дворкин, основываясь на анализе огромного числа текстов судебных решений американских судов, делает вывод, что, если бы юристы прямо признали это, их аргументация стала бы более ясной. Им давно пора со-

[1]) 45 BVerfGE 187 (1977).

гласиться с тем, что «полагаться на политическую теорию — это не подрыв интерпретации, а часть того, что представляет из себя интерпретация».[1]

На решения КС Германии, особенно касающиеся дел о правах человека, вне всякого сомнения, оказывают сильное влияние христианство, кантианство и социал-демократические воззрения. Суд, с одной стороны, опирается на понятия моральной обязанности, индивидуальной автономии, человеческой рациональности, а с другой — на эгалитарную теорию. «Эти ориентиры привели к созданию в Германском конституционном прецедентном праве интегрированной концепции человека как индивидуальности, обладающей духовной автономией, но при этом ее автономия в правильно управляемом обществе должна быть ограничена социальной дисциплиной и практическим разумом».[2]

Именно этот подход продемонстрировал суд в *Деле о похищении Шлейера* (1977). Когда сын министра, заложника террористов, обратился в КС Германии, требуя удовлетворить требования похитителей и спасти жизнь его отца, суд ответил, что право каждого на жизнь, гарантированное конституцией, создает обязательство для государства «охранять не конкретно какого-либо человека, а всех граждан в целом». Конституция не может диктовать, какие конкретно шаги должно предпринимать государство в ситуациях захвата заложников, так как в подобном случае «террористы смогут вычислить, как будет действовать государство. Таким образом, государство стало бы не в состоянии эффективно охранять жизнь своих граждан, а это противоречило бы его задаче, сформулированной в статье 2 (2) [I] Конституции... По этой же причине государство не может систематически принимать идентичные решения во всех случаях захвата заложников, исходя из общего положения о равенстве (Статья 3 (1) Конституции)».

Многих современных исследователей удивляет, почему суды, рассматривая дела об абортах, не приводили аргументов о сексуальной дискриминации женщины. Феминисты считают, что именно сексуальная дискриминация является главным вопросом во всех этих делах, а вовсе не вопрос о защите частной жизни женщины. Только женщины могут быть беременными, и только женщинам приходится делать аборты. Поскольку законы, запрещающие аборты, направлены на класс людей, представленный исключительно женщинами, эти законы являются дискриминационными. Следовательно, главным аргументом суда должно было быть обсуждение роли женщины в современном обществе. «Про-

[1]) Dworkin, Ronald. Law as Interpretation. — Legal Reasoning, vol. II, ed. Aulis Aarnio and D.Neil MacCormick. Darthmouth, p. 277.

[2]) Kommers, Donald P. Opp.cit., p. 313.



сто непостижимо, что большинство судей в деле Ро остались безразличными к этому вопросу».[1] Л. Трайб в книге «Конституционный выбор» писал о том, что нигде законодательство не принуждает мужчин жертвовать своим телом или перестраивать свою жизнь даже в трагических ситуациях ради спасения жизни их детей (например, при необходимости трансплантации органов детям). В то же время законодатели стремятся превратить женщину в невольный инкубатор и тем самым ограничить ее сексуальную активность, которая для мужчин не ограничена никакими последствиями. Таким образом, распространенные в современном обществе социальные теории переводят аргументацию по делу в совершенно иную плоскость — они призывают к рассмотрению проблемы под углом продолжающейся сексуальной и социальной доминации мужчин над женщинами. С точки зрения современного феминизма, законы, запрещающие аборты, превращают биологическую разницу между мужчиной и женщиной, которая сама по себе не несет социальных различий, в социальное неравенство. Вне всякого сомнения, этот аргумент может возникнуть в будущем в решениях судов тех стран, которые еще не столкнулись с проблемой обсуждения законов, запрещающих или, наоборот, не предусматривающих наказания за совершение аборта, на предмет соответствия этих законов тексту конституции. Важно заметить, что при таком ходе рассуждения отпадает моральная необходимость искать аргументы о статусе зародыша, поскольку считается, что даже в интересах третьих лиц выбор человеческого тела в качестве принудительного инкубатора на дискриминационной основе будет неконституционным.

Нет ничего удивительного в том, что контраргументация на данное утверждение пришла также из политической теории — теории представительства. Или (Ely) предлагает обратить внимание на то, что под конституционной защитой должны находиться не только те, кто прямо поименован в конституции, но и те, кто не может поучаствовать в политическом процессе в силу разобщенности, малочисленности и, как результат, неспособности создать политические ассоциации. Правда, что женщины, если бы они составляли большинство в законодательных органах, никогда бы не приняли закона, запрещающего аборты. «По сравнению с мужчинами, — продолжает свое рассуждение Или, — очень мало женщин заседает в законодательных органах. Но... там вообще не сидит ни один плод». Следовательно, по сравнению с женщинами, зародыши представляют меньшинство, не способное защитить себя самостоятельно. Таким

[1]) Karst, Book Review, 89 Harvard Law Review,1976, p. 1037.

образом, «по сравнению с мужчинами, женщины составляют «меньшинство», но по сравнению с нерожденными, они его не составляют».[1]

Интересно, что в 1992 году судьи уже сочли возможным рассматривать подобные дела не только в терминах свободы, но и в терминах равенства: «Дело Ро является неотъемлемой частью правильного понимания как концепции свободы, так и исходного равенства между мужчинами и женщинами».[2]

Обратиться к социальным теориям суду пришлось и при рассмотрении вопроса о том, могут ли законодатели ограничить эксплуатацию наемных рабочих. В 1898 году в деле *«Холден против Харди»* ВС США поддержал закон Юты, устанавливающий восьмичасовой рабочий день для рабочих в шахтах. Однако в 1905 в деле *Локнера против штата Нью-Йорк*[3] суд отдал предпочтение «праву индивида заключать контракт» (являющемуся частью провозглашенной в конституции «свободы») над обязанностью государства заботиться о благосостоянии и здоровье своих граждан. В начале 19 века штат Нью-Йорк издал закон, запрещающий нанимать пекарей на работу более, чем на 10 часов в день или 60 часов в неделю. Владельцу пекарни Локнеру было предъявлено обвинение в том, что он разрешал своему работнику работать дольше. Суду предстояло ответить на вопрос, является ли законодательное ограничение на работу в пекарне нарушением 14-й поправки, предусматривающей, что «ни один штат не должен лишать кого-либо жизни, свободы или собственности без надлежащей процедуры». Он пришел к выводу, что «право покупать или продавать труд является частью свободы». В то же время он признал и то, что у государства есть полицейские функции, связанные с охраной безопасности, здоровья, морали и общего благосостояния народа. В данной ситуации «становится особо важным определить, какое право должно превалировать — право индивида на труд в течение того времени, какое он выберет, или право государства защитить индивида от труда сверх

[1]) М.Перри пытался ввести понятие «конвенциональной морали», которая лежит в основе легитимности тех целей, из которых исходит в своей деятельности государство. Однако несколько лет спустя он изменил свое мнение, прийдя к точке зрения, что «не существует никаких достаточно определенных договорных ценностей, которые могли бы помочь суду, а те ценности, которые пользуются их значительной поддержкой, являются в нашей плюралистической культуре достаточно фрагментарными и ведут нас в разных направлениях». — Perry, M. The Constitution, the Courts, and Human Rights // Stone, Geoffrey R. et al. Constitutional Law, 2nd ed., p. 933-934 .

[2]) Planned Parenthood v. Casey, U.S. Supreme Court, 112 S.Ct. 2791 (1992)

[3]) Lochner v. New York (198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905))



определенного времени, установленного законом».[1] Суд признал, что у государства в данном случае нет оснований для вмешательства в «свободу контракта». В настоящее время это решение суда трактуется как печальный факт закрепления судом правомерности капиталистической эксплуатации. Неслучайно четверо судей из девяти не согласились с подобным решением. Судья Харлан написал, в частности, что работодатели и наемные рабочие при подобных контрактах находятся далеко не в равном положении, и нужда заставляет последних трудиться сверх своей силы, подрывая здоровье. Нью-Йорк, приняв закон, ограничивающий рабочую неделю шестидесятью часами, отразил чаяния трудящихся и защитил их жизни, здоровье и благополучие. Суд не имел права отменять этот закон. Судья Холмс прямо заявил, что данное решение суда — это шаг назад в развитии общества, поскольку оно основано на представлении о «свободе контракта», появившемся на заре капитализма. Он отметил, что на самом деле в центре правового спора здесь лежит взаимоотношение между трудом и капиталом: суд решил это дело «исходя из экономической теории, которую большая часть страны не разделяет. Если бы меня спросили, согласен ли я с этой теорией, я бы пожелал изучить ее больше и глубже прежде, чем принять решение. Но я не считаю это своей обязанностью... Конституция не была предназначена для воплощения конкретной экономической теории, будь то патернализм, или органическая теория взаимоотношения граждан и государства, или доктрина laisser faire[2]...» Меняющиеся экономические и политические воззрения не должны влиять на решения суда о конституционности закона. Холмс рассматривал дело в перспективе, не сомневаясь в том, что в дальнейшем социальное законодательство сможет себя отстоять.

Признать правомерность обращения к политическим и социальным теориям для обоснования принятого решения (то есть признать за ними статуса топа) — это значит придать им статус лишь одной из возможных точек зрения на правовую проблему, подлежащих обсуждению. В то же время полное отрицание юристами возможности их применения приводит к тому, что политические пристрастия и теории начинают определять решения суда неявно. При этом из-за того, что они не приводятся судьями в числе аргументов, мотивирующих вывод по делу, аргументация решения выглядит непоследовательной и неубедительной. Это начинает вызывать у аудитории сомнения в беспристрастности или компетентности суда. Именно поэтому при рассмотрении дела

[1]) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905)

[2]) laisser faire — экономико-политическая доктрина невмешательства государства в функционирование рынка

необходимо принимать во внимание аргументы, выведенные из этого топа, и, при необходимости, их опровергать, заменяя другими, более вескими.

## XII. Статистика

Как указано в рассуждении Верховного Суда США по делу *Ро*, запрет на производство абортов в 19 веке был аргументирован тем, что сама медицинская процедура производства абортов была опасной для жизни женщины. До появления антибиотиков и развития новых медицинских технологий смертность женщин от абортов была очень высока, и этот высокий уровень смертности вынуждал принять уголовный закон, предусматривающий наказуемость абортов, с тем, чтобы охранить жизнь беременной женщины и удержать ее от процедуры, ставящий ее жизнь в серьезную опасность. Как только по статистике смертность женщин от абортов стала ниже смертности женщин во время родов, суд решил, что нет оснований для запрещений абортов по основанию их опасности для жизни беременных женщин.

Могут быть приведены примеры, где статистические данные служили единственной основой для принятия судебного решения. В частности, именно статистикой руководствовался Верховный Суд США в деле *«Дотард против Роулинсона»*[1] при обсуждении вопроса о том, является ли нарушающим принцип равенства, а следовательно неконституционным, административное положение, устанавливающее критерии веса и роста для женщин, обращающихся с заявлением о приеме на работу в качестве исправительных советников в учреждения особо строгого режима. Основываясь на статистических данных, суд признал, что хотя требования роста и веса являются внешне нейтральными квалификационными требованиями, по своей сути они являются дискриминационными, так как имеют целью лишить женщин возможности получить работу в исправительных учреждениях. Вот аргументация суда: «Хотя женщины в возрасте 14 лет и старше составляют 52,75% населения штата Алабама и 36,89% совокупной рабочей силы, они занимают лишь 12,9% должностей исправительных советников. При рассмотрении влияния, оказываемого минимальными требованиями в отношении роста и веса на разницу в проценте найма в зависимости от пола, окружной суд обнаружил, что при соблюдении требования в отношении роста в 160 см из числа кандидатов выпадает 33,29% женщин в Соединенных Штатах в возрастной группе от 18 до 79 лет и лишь 1,28% мужчин, в то время как требование по отношению к весу в 54

[1]) Dothard v. Rawlinson (1977).



килограмма исключает 22,29% женщин и 2,35% мужчин в той же возрастной группе. При сочетании требований в отношении роста и веса требования, выдвигаемые в Алабаме, исключают 41,13% женщин и менее 1% мужского населения. Исходя из этого, окружной суд счел, что Ролинсон представила на его рассмотрение случай явной незаконной дискриминации по признаку пола».[1]

В деле Скиннера[2] одним из аргументов за правомерность государственного вмешательства в права служащих железнодорожных компаний было приведение статистических данных, свидетельствующих о том, что в результате злоупотребления алкоголем и наркотиками служащие с 1975 по 1983 год стали виновниками 45 серьезных аварий, повлекших 34 смертных случая, 66 случаев причинения серьезного вреда здоровью и нанесших материальный ущерб на сумму более 28 миллионов долларов. Кроме того, погибло 19 самих работников.

Как показывает судебная практика США и стран Европы, в последние годы статистика стала главным аргументом в судах при решении вопроса о том, имела ли место дискриминация, поскольку только на основании обобщения эмпирического материала можно доказать, что конкретный случай являлся частью общей дискриминационной практики (в отношении женщин, представителей этнических групп, религиозных меньшинств, сексуальных меньшинств), а не случайностью. В этом плане ход рассуждений, примененный судом в деле Дотард, является показательным примером использования подобного приема.

## XIII. Здравый смысл

Здравый смысл — особая область семантики речи, отличающаяся от профессиональных знаний и философии.[3] И хотя аргументация подобного рода не является профессиональной и относится к повсеместно принятым, а не к частным топам, приходится обратить на нее внимание, поскольку судебная практика Верховного Суда США дает нам некоторые примеры ее прямого использования: «Между Конституцией и здравым смыслом нет войны. В настоящее время обвинитель в федеральном суде не может использовать доказательства, добытые незаконным путем, а напротив через улицу прокурор штата — может, хотя и предполагается, что он тоже действует, руководствуясь запретами, наложенными той же самой Поправкой. Таким образом штат, допуская в суде доказательства, полученные незаконным путем, провоцирует

[1]) Дело Dothard v. Rawlinson. 433 U.S. 321.
[2]) Skinner v. Railway Labor Executives' Association (109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed.2d 639 (1989).
[3]) Рождественсикй Ю.В.Теория риторики..., с. 34.

неповиновение Федеральной Конституции, которую он обязан соблюдать...».[1] В данном деле суд решил, что наличие «двойного стандарта» в отправлении правосудия в результате разногласий федерального процессуального закона и законов штатов противоречит здравому смыслу, ибо побуждает федеральных чиновников нести незаконно полученные материалы через дорогу — в суд штата, где есть шансы на их основе добиться обвинения подследственного.

Еще один пример: «Опыт железнодорожной индустрии... показывает, и здравый смысл подтверждает, что обычная санкция увольнения, которая угрожает работнику, принимающему наркотики или алкоголь во время исполнения обязанностей, не может служить эффективной мерой предостережения, если нарушители не уверены в том, что этот факт обнаружится». Следовательно, анализ на наркотики и алкоголь только *после* аварии и только тех, кто с ней связан, не является достаточной гарантией безопасности на транспорте. Вывод: «токсикологический анализ... не является ненадлежащим ограничением оправданных ожиданий сохранения тайны частной жизни соответствующих работников, поскольку существенная заинтересованность государства перевешивает заинтересованность в охране частной жизни».[2]

Эти примеры говорят о том, что при стратегическом использовании аргументов какой-либо из сторон правового спора апелляция к здравому смыслу вполне возможна и может быть взята на вооружение. Вряд ли суд положит подобный аргумент в основу решения, если он будет единственным, но этот аргумент может оказаться той каплей, которая переполнит чашу весов, а следовательно его нельзя сбрасывать со счетов при риторическом изобретении.

Мы перечислили и рассмотрели основные виды топов, которые встретились в проанализированных судебных решениях. Обычно для уяснения смысла нормы в решении используются сразу несколько топов. Последовательно изложенные, они позволяют следить за мыслительным процессом судей, вырабатывающих решение. Проверим, насколько универсальным является использование выведенных топов, взяв в качестве примера решение КС Австрии по делу о конституционности законодательства, разрешающего производство абортов. Конституционное право Австрии в соответствии с международными конвенциями гарантирует каждому право на жизнь. Установить же общепринятое значение слова «жизнь» на практике оказалось достаточно

[1]) Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

[2]) Geoffrey R.Stone et al. Constitutional Law. — Little, Brown and Company, 2nd ed., p. 932.



сложно. Обладает ли жизнью зародыш в утробе матери? Правительство провинции Зальцбург в своей аргументации о необходимости защиты зародыша утверждало, что «термин «жизнь» должен пониматься как означающий биологическое и физическое существование», что «это чисто природная концепция, обозначающая просто факт пребывания живым, то есть телесное существование человеческих существ, отличное от состояний «еще-не-живой» или «мертвый»».

Обращение к такому общему месту как «ранее данное толкование» не дало результата, поскольку ни в конвенции, ни в решениях Европейского Суда по правам человека не дается определения жизни, а в научной и юридической литературе по данному вопросу содержатся противоречивые теории и взгляды. Тогда австрийский суд предпринимает попытку вывести значение слова «жизнь» для данного контекста, отталкиваясь от намерения законодателя, для чего использует статью 2-ую Конвенции, которая гласит: «Право каждого на жизнь охраняется законом». В ней сказано, что жизнь гарантируется «каждому», следовательно, остается выяснить, намеревался ли законодатель включить в понятие «каждый» еще неродившихся людей. И уже для выяснения этого вопроса суд обращается к аутентичному тексту конвенции на французском языке, в котором термину «каждый» соответствует «tout personne», из чего и делается вывод, что речь идет только о жизни «человека». Однако, опять же, в разных культурных и правовых системах слово «человек» имеет разное семантическое поле, и вопрос о том, является ли «человеком» зародыш, остается открытым.

Далее круг аргументации расширяется за пределы собственно «буквы закона», и в рассуждении начинает использоваться аналогия. Известно, что право на жизнь не подлежит никаким ограничениям. В то же время в случае беременности аборты признаны законными при угрозе жизни и здоровью матери, а также в некоторых других исключительных обстоятельствах (беременность в результате изнасилования, патология плода и др.). Это значит, что «было бы непоследовательным, закрепляя право на жизнь, разрешать в исключительных обстоятельствах убийство уже рожденных людей, но исключать даже в специально оправданных случаях вмешательство в зарождающуюся жизнь. Следовательно, из структуры данной правовой нормы можно сделать вывод, что статья 2 не распространяется на зарождающуюся жизнь...»

Приведенный пример еще раз подтверждает, что анализ словесного текста правового предписания составляет лишь первый этап поиска значения нормы, приложимого к конкретной ситуации и приемлемого для ее справедливого разрешения. Достаточно часто возникает необ-

ходимость в продолжении поисков значения с привлечением цели закона, основных принципов права, системы социальных ценностей. Во многих случаях решение суда определяется ценностными предпочтениями судей и господствующей в конкретном социуме этикой. Именно состав ценностей и их иерархия диктуют выбор между возможными вариантами толкования, а приведенные аргументы зачастую служат не столько средством рассуждения с целью понимания, сколько средством оправдания принятого решения.

Поскольку на практике разные способы толкования приводят к разным выводам, «встает вопрос, какому же способу толкования отдать предпочтение и какой вывод считать правильным. Самым простым и самым нередко обманчивым способом толкования является лингвистическое и грамматическое толкование, — пишет профессор Ева Лентовская, в течение ряда лет занимавшая пост Уполномоченного по гражданским правам в Польше. — Для его применения не нужны глубокие знания и не требуется большого искусства. Системное и функциональное толкование, если оно приводит к иному выводу, чем лингвистическое и грамматическое толкование, должно победить, поскольку такое толкование — это использование более совершенного, более точного инструмента, а значит, и приводит к более точному результату. А эти методы толкования потому являются более совершенными, более точными, что позволяют учесть элементы аксиологии, иерархии ценностей и обогащают право элементами этики (что вряд ли удастся при лингвистическом толковании) ...».[1]

Помимо обоснования решения, топы можно успешно использовать для анализа хода мысли судей при рассуждении над правовой проблемой, т. е. для анализа уже написанного ими текста судебного решения. Их можно использовать также для создания нового юридического текста: обоснования своей позиции по делу в устной речи или письменном ходатайстве, написания научного комментария законодательного текста. Работая с ограниченным числом топов, правомерность обращения к которым подтверждается самой существующей практикой судебных толкований, можно добиться гибкости в решении правовых споров, соединив требования нормы права с понятием справедливости в каждом конкретном случае. Именно поэтому можно говорить о том, что топы выступают не как некие «иллюзорные категории», а как «дисциплинирующие правила» в применении нормы права. Кроме того, данные топы можно использовать при разработке проекта нормативного текста: текст проекта достаточно «прокрутить» по данным топам, чтобы увидеть его недостатки, пробелы, неточности, противоречия или двусмысленность отдельных фраз. Анализ проекта юридического текста по топам позволяет взглянуть на созданный автором текст глазами читателя, т. е. будущего толкователя, и, при необходимости, внести в него изменения с тем, чтобы он наилучшим образом отвечал намерению своего создателя.

[1]) Лентовска, Ева. Божественное искусство толкования. — Как начиналась работа уполномоченного по гражданским правам. Том 1. Москва, Институт прав человека, 1997, с. 27.



## 2.2. Виды аргументов в юридической риторике

Обращение к тому или иному общему месту еще не ведет, само по себе, к одному-единственному выводу, ибо внутри любого общего места можно задействовать различные виды аргументов и внутренних топов.

Отдавая предпочтение той или иной интерпретации, суд бывает вынужден обосновать свой выбор. Если он прибегает к буквальному толкованию, то зачастую ограничивается замечанием, что именно такого выбора требует «буква закона». Однако если он склоняется в сторону интерпретации от общих мест, не связанных непосредственно с «буквой закона», то он уже обязан позаботиться о более развернутой аргументации в ее обоснование. При этом наиболее часто используются следующие виды аргументов: аргумент к справедливости, аргумент к авторитету, аргумент транзитивности, аргумент к смыслу, аргумент к обстоятельству, аргумент к причине и аргумент «от природы вещей» (ad genus).

Проиллюстрируем на примерах, как используются данные виды аргументов в юридической речи.

**1. Аргумент к справедливости** исходит из необходимости одинаковой оценки равнозначных вещей.

«Из принципа равного обращения следует, что ни одно человеческое существо не должно ставиться выше другого. Не было никакой объективной причины предоставлять зарождающейся жизни с определенного месяца жизни лучшее, чем до этого, правовое положение... С точки зрения ребенка, нет объективной причины для его произвольного убийства при любой стадии его жизни... В противном случае нерожденный ребенок считался бы до определенного возраста вещью, а позже — человеком. Неравное отношение уголовного закона к нерожденным в зависимости от их возраста означало бы, следовательно, нарушение конституционного принципа равенства» (аргумент правительства провинции Зальцбург, оспаривающего уголовный закон, разрешивший производство абортов на сроке до трех месяцев беременности).

«...Какими бы ни были права личности относительно доступности контрацептивов, эти права должны быть одинаковыми для состоящих в браке и не состоящих в браке. Если в соответствии с решением по делу Грисуольда распространение контрацептивов женатым людям не может быть запрещено, запрещение на распространение их неженатым будет равным образом недопустимым».[1]

Установить равенство категорий достаточно сложно. Из каких критериев следует исходить? Судьи бывают довольно изобретательны в использовании данного типа аргументов. Так, американскому Верховному суду однажды пришлось решать вопрос о том, должны ли расходы при нормально протекающей беременности покрываться за счет государственной программы социального страхования по нетрудоспособности. В деле *«Гедулунг против Айелло»*[2] суд обосновал свое решение о конституционности изъятия данных расходов из программы соцстраха тем, что различие между нетрудоспособностью, связанной с беременностью, и другими видами нетрудоспособности (в связи с болезнью или в результате несчастного случая) не является различием между полами. Суд провел различие не между мужчинами и женщинами, а между беременными людьми (включающими только женщин) и небеременными людьми (многие из которых также являются женщинами). Следовательно, решил суд, предоставление преимуществ за государственный счет одной категории женщин будет нарушать принцип равенства, поскольку будет дискриминационным по отношению к другой категории женщин.

Очевидно, что в данном случае изложенная аргументация служит лишь оправданием принятого решения (сократить государственные расходы), а не его истинной основой. Государственный интерес в данном случае не мог быть привлечен в поддержку решения, поскольку в балансе ценностей он стоит несомненно ниже, чем охрана прав женщины. В то же время равенство — ценность, безусловно, более высокого порядка, чем право отдельно взятой категории женщин. Данная аргументация, несмотря на свою парадоксальность, юридически неуязвима.

**2. Аргумент к авторитету** обосновывает аргументативную ценность высказывания исключительно компетенцией определенного лица или органа. Авторитетом может служить прошлое, традиционные ценности, прецедент, законы, а также высказывания лиц, признанных авторитетными в данном сообществе.

[1]) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).
[2]) Gedulung v. Aiello (417 U.S. 484 (1974).



Апелляция к весьма туманному *«намерению законодателя»*, по сути дела, является аргументом к авторитету, используемым с целью придания выгодному типу интерпретации большей убедительности и неоспоримости.

Довольно распространенной является также апелляция к *истории и традиции* данного государства. Так, ВС США, доказывая конституционность уголовного законодательства, предусматривающего наказание за гомосексуальную содомию, аргументировал свое решение тем, что подобное поведение издревле считалось противоправным и было запрещено законом в тех 13 штатах, которые первыми ратифицировали Билль о правах, а в 1868 году только 5 штатов не имели законов, запрещающих содомию между взрослыми мужчинами по обоюдному согласию. Учитывая это, суд опроверг аргумент истца о том, что подобное поведение «имеет глубокие корни в истории и традиции этой нации» и «внутренне укладывается в концепцию упорядоченной свободы».[1]

В качестве аргумента может служить и сссылка на *сложившуюся практику, обычай*, история возникновения того или иного закона. Именно этим, например, руководствовался американский суд, решая в деле *Бойда* вопрос о том, должно ли изъятие контрабандных товаров, фальшивых монет, краденого имущества или товаров, за которые не уплачена пошлина, сопровождаться ордером, или они не входят в понятие «собственность». Суд исключил их из «собственности», охраняемой конституцией, поскольку еще до ее принятия в соответствии с действовавшим на территории Америки английским общим правом эти предметы были исключены из категории охраняемых законом. С другой стороны, суд принял во внимание тот факт, что именно существовавшая в Англии практика выписывать так называемые «общие ордера» без указания цели обыска и предметов, подлежащих изъятию, подвергалась в колониях нападкам борцов за свободу и независимость и что решение английского суда 1765 года о незаконности общих ордеров на обыск жилища было «воспринято как верное и высшее воплощение конституционного права». Таким образом, в данном случае суд посчитал возможным в поддержку своей аргументации обратиться к английскому праву, которое действовало в Америке *до* принятия конституции и считалось одним из источников американского права.

Использование в качестве авторитета *примеров из художественной литературы* в судебных решениях практически не встречается.

[1]) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Тем более интересными являются редкие исключения из этого правила, как например, рассуждения судьи Бреннана (США) и ряда других судей в особом мнении по делу *«Флорида против Райли»*: «Четвертая Поправка требует, чтобы мы сочетали наши старания по задержанию преступников с оценкой того влияния, какое оказывают используемые нами методы на наши фундаментальные свободы. Я надеюсь, моих коллег заинтересует, что методы полицейского наблюдения, которые они собираются санкционировать, были среди описанных сорок лет назад Джорджем Оруэллом в его наводящем ужас представлении о жизни в 1980-е: «Лицо с черными усами пристально смотрело с каждого командного угла. Одно было на фасаде дома как раз напротив. БОЛЬШОЙ БРАТ СМОТРИТ НА ТЕБЯ, говорило сообщение... Вдалеке вертолет спустился между крыш, ища жертву, как трупная муха, и взмыл ввысь снова, описав дугу. Это был полицейский патруль, рыскающий по окнам людей». (Дж. Оруэлл, 1984. (1949, с. 4)). Кто может читать этот отрывок без содрогания и без инстинктивной реакции, что он описывает жизнь не в какой-то другой стране, а именно в нашей? Я, соответственно, высказываю свое несогласие [с мнением большинства судей]».[1]

**3. Аргумент несовместимости** основан на утверждении, что некоторое предложение противоречит приведенным целям, фактам, прецедентам, теориям или первоначально обговоренным положениям.

Судья Харлан в мнении несогласия по делу *Плесси против Фергюссона* утверждал, что закон, требующий разных вагонов для черных и белых, направлен не на то, чтобы не допустить проезда белых в вагонах для черных, а на то, чтобы черные не ездили в вагонах для белых. Об этом свидетельствует и то, что закон не наказывает черных и белых, которые едут в одной машине или идут вместе по улице. Следовательно, целью закона является не охрана спокойствия и поддержание гражданского мира, а закрепление превосходства белой расы.

Судья Бреннан привел интересный аргумент в особом мнении по делу *«Флорида против Райли»*: «Если целью ограничений, накладываемых Четвертой Поправкой, является «обеспечение тайны частной жизни и безопасности человека»..., то неясно, причем здесь шум вертолета, ветер и пыль и почему это именно их уровень следует измерять для решения вопроса о том, были ли эти конституционные права нарушены?»

**4. Аргумент к обстоятельству** привлекает в качестве источника доводов изменения в ситуации, которые потребовали подхода или

[1]) Florida v. Riley (488 U.S. 445 (1989).



средств, отличных от установленных ранее. Поскольку этот аргумент предполагает отклонение того, что было ранее установлено или обговорено, он применяется чаще всего как средство контраргументации, когда необходимо либо противопоставить что-то примерам из прошлого и реинтерпретировать исторический опыт, либо сокрушить авторитет. Этот тип аргумента используется при обращении к эволюции нормы (см. примеры в главе 2.VII). В юридической аргументации выступает также как способ разведения аналогии (примеры в главе 2.III.2).

**5. Аргумент к смыслу** — «аргумент, основание которого состоит во включении положения в конкретную иерархию общих мест».[1]

Нарушает ли тест на дыхание, мочу и кровь права́ служащих железнодорожной компании? Рассуждения суда достаточно интересны. Суд отметил, что анализ крови берется разумным образом, «медицинским работником в клинических условиях в соответствии с принятой медицинской практикой», к тому же подобные анализы «являются общим местом в наши дни периодического медицинского освидетельствования и опыт с ними показывает, что количество изымаемой крови — минимально, а процедура для большинства людей не влечет практически никакого риска, травмы или боли». Следовательно, «анализ крови не составляет излишне обширного вмешательства в частную жизнь человека и целостность его тела».

Анализ дыхания суд посчитал еще меньшим вмешательством, поскольку он показывает исключительно содержание алкоголя в крови, и ничего более: «Тест на дыхание не раскрывает никаких других фактов, в сохранении частного характера которых работник был бы существенно заинтересован». Следовательно, и тест на дыхание не является существенным вмешательством в частную жизнь.

Вопрос с анализом мочи, по мнению суда, представляет более сложный вопрос. Сам процесс получения материала для анализа является достаточно интимным, к тому же результаты анализа могут показать и другие данные об организме работника, помимо остатков наркотических веществ и алкоголя. Однако, поскольку анализ проводится в клинических условиях, но без непосредственного наблюдения персонала, вмешательство минимально и также не выходит за пределы нормального медицинского освидетельствования. Незначительное вмешательство в частную жизнь вполне оправдано необходимостью предотвратить на железнодорожном транспорте аварии с летальным исходом, происходящие в результате того, что некоторые работники злоупотребляют наркотиками и алкоголем. Кроме того, отрицательные

[1]) Волков А.А., Основы русской риторики..., с. 327.

результаты анализа также будут полезны, поскольку заставят рассматривать и иные причины аварии поездов, такие как недостаточная подготовка персонала, технические недостатки машин и т. д., а не сваливать всё на пьянство машинистов.

В данном примере при попытке оценить законность практики принудительного тестирования на следы наркотиков и алкоголя, суд старается осмыслить предмет спора, включив его в более широкую область содержания, чем «целостность тела» или «частная жизнь человека». Он рассматривает эту практику не как вторжение в «целостность тела» отдельной личности, поскольку это вторжение он признает минимальным, а как неотъемлемую часть более высокой ценности — общественной заинтересованности в предотвращении аварий, представляющих опасность для жизни и телесной целостности многих лиц. В результате подобного толкования конкретным фразам и положениям в юридическом тексте придается тот смысл, который удовлетворяет представлениям судей о справедливом и целесообразном.

**6. Аргумент к причине** — аргумент, основание которого состоит в утверждении того, что причиной действий субъекта послужили некоторые другие действия или события.

В праве этот аргумент используется, когда надо доказать, что у человека (должностного лица, полицейского, и т. п.) были *разумные основания* поступать так, а не иначе. В деле *Терри против Огайо* действия полицейского по обыску прохожего были признаны правильными потому, что у него были причины остановить и проверить карманы человека, который вел себя подозрительно: топтался со своим приятелем у магазина, переговаривался с ним, что-то выглядывал в витрине, затем последовал за одним из покупателей. Именно эти действия прохожих позволили трактовать действия полицейского как «обоснованные», а следовательно, согласующиеся с нормой права. Таким образом, нарушение конституционных прав прохожих (обыск их без ордера и даже без подозрения в совершении чего-либо конкретного) было оправдано.

**7. Аргумент к транзитивности** основан на соотношении понятий, которое позволяет заключить, что, если из $a$ следует $b$, а из $b$ следует $c$, то следует признать и связь между $a$ и $c$.

Именно этот аргумент был использован в самом знаменитом судебном мнении[1] — мнении верховного судьи США Маршалла по делу *Марбури против Мэдисона*, положившем начало конституционному

[1]) Интересно отметить, что в американском судопроизводстве решения суда именуются не решениями, а «мнениями» (opinion of the court), что, вероятно, отражает представление о том, что выводы судей не обладают силой выводов из истинных посылок при логическом доказывании.



надзору: «Определенно, все те, кто разрабатывал писаные конституции, рассматривали их как устанавливающие фундаментальный и высший закон нации, и, соответственно, теория любого такого правления должна быть — как и законодательный акт, несоответствующий конституции — признана недействительной». Суд просто обязан решить возникшее перед ним дело, ибо в этом состоит суть судебной деятельности и первейшая обязанность суда. Для этого суд должен определить, что есть право, и интерпретировать его. Если два закона противоречат друг другу, суд должен решить, который из них подлежит применению. Судьи приносят присягу на верность конституции, следовательно, они обязаны ей следовать независимо от указаний правительства. Все это значит, что «особая фразеология конституции Соединенных Штатов подтверждает и закрепляет принцип, являющийся существенным для всех писаных конституций: что право, противоречащее конституции, недействительно и что все суды, как и другие учреждения, связаны этим документом».[1]

Вот еще один пример из практики ВС США. Закон устанавливает наказуемость за содомию и для женатых, и для неженатых. Однако для женатых она не может быть наказуема, так как прецедентным правом доказано, что государство не может вмешиваться в интимные отношения семейных пар. Следовательно, и для неженатых она не может быть наказуема, так как иначе закон будет дискриминационным по отношению к одной из двух равноправных частей населения (то есть будет ставить в невыгодное положение неженатых по сравнению с женатыми). Таким образом, следует признать законной содомию между гетеросексуальными парами (так как супруги могут быть только гетеросексуальной парой). Если же доказана законность содомии между гетеросексуальными парами, то следует признать законность ее и для гомосексуальных пар, поскольку иначе закон будет дискриминационным по отношению к гомосексуалам, ибо одна часть населения будет пользоваться меньшей свободой, чем другая (а по конституции — **все равны и все** свободны).[2]

Аргумент транзитивности используется и КС Германии, например, в следующем рассуждении: право на труд является фундаментальным, так как является не столько правом на получение материальной поддержки, сколько правом на самовыражение; в свою очередь право на выбор профессии является частью права на труд, его необходимой предпосылкой. Следовательно, право на получение бесплатного выс-

[1]) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
[2]) Bowers v. Hardwick, мнение несогласия судьи Стивенса.

шего образования в любимой области является частью конституционного права на труд.[1]

КС РФ должен был решить, кем должен направляться «принятый закон» Президенту для подписания. Государственная Дума настаивала, что именно она должна делать это, если Совет Федерации не рассмотрел в положенный четырнадцатидневный срок принятые Думой законы. Президент полагал, что принятые законы могут направляться ему только Советом Федерации. Вот аргументы суда при толковании текста, вызвавшего у депутатов и Президента «неопределенность в понимании». Одобрение закона Советом Федерации — обязательный этап законодательного процесса. «Логика законодательного процесса» предполагает, «что принятый федеральный закон должен направляться главе государства для подписания и обнародования той палатой..., в которой завершается процедура принятия федерального закона». Суд установил, что понятием «принятый федеральный закон» охватываются законы, принятые Думой и одобренные Советом Федерации (т. е. рассмотренные обеими палатами). Закон, который Совет Федерации оставил без рассмотрения в установленный Конституцией четырнадцатидневный срок, надлежит считать одобренным — «в пассивной форме». Следовательно, даже в том случае, когда Совет Федерации пропустил четырнадцатидневный срок для рассмотрения закона, именно на нем лежит обязанность направить его Президенту.[2]

Казалось бы, логическая стройность аргумента транзитивности исключает возражения. Однако следует иметь в виду, что поводом для толкования текста в данном случае послужило не подведение конкретных фактов или положений под норму, а разногласие в понимание терминов. И в данном случае суд произвольно назначает дефиниции, а вовсе не «проясняет» значение текста. В случае явного пробела в тексте или его двусмысленности очень часто нельзя найти значение терминов в пределах собственно текста, не обращаясь к экстралингвистическим факторам. Что такое «логика законодательного процесса» и почему она «предполагает», что закон должен направляться Президенту той палатой, в которой «завершается процедура принятия закона»? Почему Совет Федерации должен считаться той палатой, в которой «завершается процедура принятия» в случае, когда он не рассмотрел закон? Почему отказ или нежелание рассмотреть закон в 14-дневный срок следует считать «пассивным одобрением»? И, наконец, что делать с Советом Федерации, который не рассмотрел закон, но и не направил его Президенту?

[1]) Skinner v. Railway Labor Executives' Association (U.S. 103 L.Ed. 2d 639 (1989))
[2]) Пост. КС РФ от 22 апреля 1996 года, ВКС, 1996, №3, сс. 8–9.



И, самое главное, что делать с законом, который Совет Федерации *не направил* (хотя и *должен*), а Дума *не может* направить? Конституционный Суд постарался увернуться от ответа на последний вопрос, упомянув, что за соблюдением сроков направления законов главе государства и обеспечением непрерывности законодательного процесса должен следить Президент. А если не будет следить? А если Совет Федерации не направит ему закон именно в расчете на то, что Президент не заинтересован в его принятии?

Толкование не может считаться произвольным лишь в том случае, когда, при наличии неясности в тексте и неопределенности в его понимании толкователь обращается к топам более общего порядка, чем собственно текст: доктринам права, принципам права, намерению законодателя, целям норм права и т. п. При этом топы должны быть действительно приняты большинством на уровне презумпций, общепринятых оценок, общеизвестных фактов и теорий. Говорить о том, что «волеизъявление палат», «логика законодательного процесса» и т. п. являются в российской правовой действительности такими же привычными и не требующими объяснения общими местами как, например, «разумное ожидание неприкосновенности частной жизни», «упорядоченная свобода» в американском праве, или «воинственная демократия» в праве Германии, преждевременно. К тому же, в американском и немецком праве все эти общие места были однажды определены в судебных решениях, так что не возникает никаких сомнений в том, что они обозначают.

**8. Аргумент к прехождению** — «аргумент, основание которого состоит в установлении однородности и равнозначности предыдущего и последующего фактов, при котором общие повторяющиеся свойства фактов оцениваются как норма».[1]

С одной стороны, аналогия — это тот вид аргумента, на котором, собственно, держится вся юриспруденция, ибо при решении правового спора мы либо утверждаем, что наш случай аналогичен урегулированным правом и должен подходить под норму, либо что факты неравнозначны и не могут быть признаны аналогичными, а следовательно, общая норма к ним неприменима. Однозначного ответа на вопрос, какие факты нужно считать аналогичными, нет и быть не может. Именно поэтому невозможно предсказать решение суда, а самое ценное качество любого юриста — профессиональная ловкость — выражается в искусстве доказывать и опровергать аналогии.

[1]) Волков А.А. Основы русской риторики..., с. 328.

Если прецедентом запрещено использовать в качестве доказательства «признание, полученное под принуждением», то должно ли по аналогии быть запрещено и доказательство, полученное с нарушением закона? Грубо говоря, есть ли разница между избиением в следственной камере и случайным обнаружением полицейскими агентами запрещенных предметов в чьей-либо квартире (Mapp v. Ohio, Wolf v. Colorado, Weeks v. United States, People v. Defore, Miranda v. Arizona)? Если проводить аналогию, исходя из только из буквы закона или судебного решения, то вряд ли можно будет найти что-то общее между пытками в кабинете следователя, открыванием и осмотром багажника автомашины в случае превышения скорости водителем, выламыванием двери и переворачиванием полок в квартире без ордера на обыск. Однако все эти дела можно объединить на иной основе — на основе конституционно провозглашенной ценности, ради охраны которой писались все законы. Эта ценность — свобода человека от необоснованного вмешательства в его жизнь государства. Человек всегда слабее, чем государство, и у него меньше возможностей, чем у государства, доказать свою правоту. Если в багажнике машины или в квартире что-то нашли (не зная заранее, что именно ищут), человека осудят. А если ничего не нашли? Что получит гражданин: только компенсацию за сломанный замок, а то и вовсе ничего? Дать право полиции подозревать всех и каждого — значит дать им право вторгаться не только в любую квартиру, но и в любую жизнь. Именно для того, чтобы у правоохранительных органов не было соблазна «на всякий случай» проверять всех и каждого, в процессуальное законодательство вводится правило исключения из числа доказательств тех, что получены с нарушением процедуры. Именно в этом смысле случаи избиения при допросе и случаи «излишнего любопытства» полиции становятся действиями одного порядка и могут называться общим термином — «признанием, полученным с использованием принуждения».

Вот еще пример использования аналогии: «...Телефонная будка — это территория, подобная дому (см. Weeks v. United States, 232 U.S. 383), но отличная от поля (см. Hester v. Unites States, 265 U.S. 57), находясь на которой человек имеет разумные основания ожидать защищаемого Конституцией права сохранения тайны частной жизни...» Основанием построения аналогии здесь служат два критерия: во-первых, человек действительно должен считать, что в определенном месте он может рассчитывать на сохранение своей тайны; во-вторых, это его ожидание остальными членами общества тоже должно восприниматься как разумное. Именно поэтому телефонная будка, в отличие от поля, пусть временно,



...всё же становится местом, похожим по этим параметрам на ...м.[1]

В 1989 году Судья Бреннан в особом мнении по делу «*Флорида про...в Райли*» не согласился с тем, как большинство судей использовали ...логию при обосновании своего решения: «Признание определяющим ...го факта, что офицер полиции находился там, где он *имел* право на...иться, является, по сути дела, попыткой признать обзор с вертолета ...логичным обзору доказательств преступления через открытое окно ... дырку в заборе, сделанному офицером полиции, стоящим на об... дороге. В такой ситуации мы могли бы сказать, что жилец дома ...может иметь разумных ожиданий сохранения тайны частной жизни ...отношении того, что может быть увидено с дороги — даже если на ...мом деле люди редко ходят этой дорогой... Однако для офицера по...ии зависнуть в 400 футах над задним двором Райли — не значит ...оять на общей дороге... Его способность видеть поверх забора Райли ...висела от использования очень дорогого и сложного транспортного ...едства, к которому мало кто из простых граждан имеет доступ. При ...нных обстоятельствах исходить из законности расположения поли...йского в небе — не более разумно, чем судить о конституционности ...ослушивания с помощью жучка по делу Катца, исходя из законности ...сположения полицейского *за* пределами телефонной будки...»

В деле *Плесси против Фергюссона* адвокат, защищавший Плесси, ...азал, что, если мы соглашаемся с тем, что по природе вещей оправ...но существование разных вагонов для белых и черных, то должны ...гласиться и с тем, что должны быть отдельные вагоны для рыжих ...и для иностранцев; или законы, обязывающие белых граждан кра...ть свои дома в белый цвет, а черных — в черный.

А вот пример применения аналогии из практики КС России. В ...ответствии со статьей 51 Конституции никто не обязан свидетель...вовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, ...уг которых определяется федеральным законом (часть 1); феде...льным законом могут устанавливаться и иные случаи освобождения ... обязанности давать свидетельские показания (часть 2). Статья 19 ...кона «О статусе депутата Совета Федерации и статусе депутата Го...дарственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» ...ановила, что депутат может отказаться от дачи свидетельских ...казаний по гражданскому или уголовному делу об обстоятельствах, ...вших ему известными в связи с выполнением им депутатских ...занностей. Конституционность этой статьи аргументирована

[1]) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

судом так: «Из неотъемлемого права каждого человека на защиту себя и своих близких, пр(ва каждого человека не свидетельствовать против себя самого и не быть принуждаемым к даче таких показаний, вытекает, что... в число лиц, которые освобождаются от обязанности давать свидетельские показания, включаются те, кто обладает доверительной информацией, будь то в силу родственных связей или по роду своей профессиональной деятельности (адвокат, священник и т. д.). Доверительную информацию по роду своей деятельности может получить и депутат». Таким образом, депутат получает статус, аналогичный статусу супруга, адвоката или священника (а государственная власть, соответственно, становится в иерархии ценности на одну ступеньку с семьей, правосудием и религией).

**9. Аргумент замещения** — «аргумент, основание которого состоит в отрицании одного или нескольких мотивов как реального основания принятия решения и в подстановке на их место мотивов, которые представляются более совместимыми с содержанием и последствиями решения».[1]

В *деле Локнера* суд решил, что закон Нью-Йорка, запрещающий пекарям работать более десяти часов в день, на самом деле не имел целью охрану здоровья пекарей или обеспечение безопасности продукции для населения, а ставил целью регламентировать отношения между нанимателем и наемным рабочим. Вмешиваться же в отношения между работодателем и наемным рабочим правительство не имеет права, так как это будет нарушением «свободы контракта». Обеспечить безопасность продукции государство имеет возможность не прибегая к ограничению конституционного права граждан на свободу, например, путем инспектирования пекарен и проверки условий труда. «По нашему суждению, — написал суд, — по сути дела нет возможности обнаружить связь между количеством часов, которое пекарю позволено работать в пекарне, и более здоровым качеством хлеба, им сделанного... Если человек работает десять часов в день — это в порядке, но если десять с половиной или одиннадцать — его здоровье под угрозой и его хлеб может быть нездоров... Это, мы думаем, неразумно и полностью произвольно. Когда доводы, подобные тем, что мы опровергли, требуются для того, чтобы придать основания утверждению о том, что данный закон — это закон «об охране здоровья», они дают, по крайней мере, повод для подозрений, что у законодателя существовал иной мотив, не связанный с охраной общественного здоровья или благосостояния... Мы

[1]) Волков А.А. Основы русской риторики, с. 329.



не можем закрыть глаза на тот факт, что многие законы подобного характера, будучи принятыми под личиной осуществления властных полномочий с целью охраны общественного здоровья и благосостояния, на самом деле были приняты по другим мотивам... Цель статута должна определяться по естественным и правовым последствиям, которые влечет использованный в нем язык; а соответствие конституции должно определяться по тому естественному эффекту, который оказывают подобные статуты, начиная действовать, а вовсе не по заявленной в них цели». Суд решил, что целью данного статута было регулирование часов труда между работодателем и наемными рабочими в частном бизнесе, не опасном ни в коей мере ни для моральных устоев, ни для здоровья рабочих. На этом основании статут был признан неконституционным.

Данный тип аргумента часто используется в контраргументации, когда надо показать, что другая сторона принимает решение, руководствуясь совсем не теми соображениями, на которых пытается это решение обосновать. Так, судья Блэкмун в особом мнении по делу *Бауэрс против Хардвика* использует именно этот прием. Суд заявил, — комментирует судья Блэкмун, — что в своем решении он отказался признать фундаментальным право человека заниматься гомосексуальной содомией. На самом же деле, как утверждает данный судья, суд отказался признать фундаментальную заинтересованность каждой личности самостоятельно контролировать природу своих интимных связей с другими. Сексуальная интимность — ключевой элемент человеческого существования, центральный для семейной жизни, благополучия сообщества и развития человеческой личности. Она — центральная часть жизни индивида. Речь идет, как и в деле Ольмстеда, о наиболее значимом из всех прав и представляющим наивысшую ценность для цивилизованных людей — о праве быть оставленным наедине с собой.

Используя данный тип аргумента, опровергает доводы защитника и судья в деле *Плесси против Фергюсона*, замечая, что аргумент защитника о том, что раздельный проезд в поездах «ставит черное население в нижестоящее положение, не выдерживает критики. Если это и так, то только потому, что черная раса так толкует этот закон, а не потому, что так и есть. Если бы цветная раса получила большинство в легислатуре и приняла закон точно в таких же терминах относительно белых, поставило ли бы это белых в положение низшей расы? Белая раса не согласилась бы с таким выводом».

В деле *«Айзенштадт против Бэйрда»*[1] Верховный Суд США решил, что закон Массачусетса, запрещающий распространение любых лекарственных препаратов или иных средств контрацепции не состоящим в браке гражданам, нарушает положение Конституции о равной защите, поскольку предусматривает неодинаковое обращение с состоящими в браке и не состоящими в браке гражданами. Одним из аргументов в поддержку решения о неправомерности закона был аргумент о несоответствии реальной цели закона заявленным в нем целям. Реальной целью закона, по мнению Верховного Суда, является вовсе не предупреждение добрачных сексуальных отношений (как утверждал Массачусетс), а увеличение рождаемости, ибо «было бы явно неразумно предполагать, что Массачусетс предписал беременность и рождение нежеланного ребенка как наказание за внебрачные связи, являющиеся правонарушением по законам Массачусетса».

**11. Аргумент ad genus («по определению»)** включает все типы аргументов от природы вещей или от природы человека.[2]Поскольку этот аргумент черпает доводы из общепринятых доктрин, теорий, правил, привычек и чувств, он является самым широким по своему охвату.

Вот примеры использования данного типа аргумента в ранних решениях Верховного Суда США: «Более, чем за сто лет до этого их (негров — А.С.) считали существами низшего порядка, в целом неподходящими для соединения с белой расой, как в социальных, так и в политических отношениях; причем настолько низшей, что у них не было прав, которые белый человек был бы обязан уважать, и негр мог быть справедливо и законно обращен в рабство для своего же собственного блага. Его можно было покупать, и продавать, и относиться к нему как к обычному предмету торговли и перевозки, если из этого могла быть извлечена прибыль. Это мнение было в то время установившимся и общепринятым среди цивилизованной части белой расы. Оно воспринималось как аксиома и в морали, и в политике, которую никто не думал обсуждать и не считал достойной обсуждения; и люди разного общественного положения и должности ежедневно и привычно действовали в соответствии с этим как для достижения своих личных целей, так и в делах публичных, не раздумывая ни на минуту о правильности этого мнения...»[3]; «Целью Четырнадцатой поправки, вне всякого сомнения, было установление абсолютного равенства двух рас перед законом, но, по природе вещей, она не может отменить различий, основанных на цвете, как и установить социального, в отличие от политического, равенства двух рас. Законы, разрешающие или даже требующие их разделения в местах возможного контакта, необязательно являются выражением подчиненности одной расы другой...».[1]

1) Eisenstadt v. Baird (405 U.S. 438 (1972)
2) Weaver, Richard M. Abracham Lincoln and the Argument from Definition. — The Ethics of Rhetoric. Chicago, 1953, p. 71.
3) Dred Scott v. Sandford, 60 US (19 How.) 393 (1857);



Аргументация к природе вещей удобна тем, что не требует от аргументирующего особых умственных усилий, поскольку заведомо исключает приведение каких-либо обоснованных доводов. В то же время она весьма затрудняет контраргументацию. В самом деле, если Конституционный Суд РФ решает, что предписания статьи 21 Закона «О государственной тайне» не могут быть распространены на депутатов Федерального Собрания или судей, «поскольку это противоречит природе их конституционного статуса, особенностям занятия должности... и выполняемых ими функций», то возразить что-либо сложно, ибо «природа конституционного статуса» — понятие достаточно объемное, и вполне естественно, что что-то (нам не говорят, что именно) в этой природе будет действительно противоречить статье 21 Закона.[2]

Практически все суды, кроме российского, избегают использовать в юридической аргументации аргумент ad genus. Неслучайно он встречается лишь в ранних решениях американского суда, да и то в тех случаях, когда трудно найти правовое обоснование принимаемому решению. В самом деле, аргументирование по принципу «это так, потому что это так по природе», в юридической риторике во многих случаях является признаком слабости и неумения изобретать аргументы. Следует заметить, что этот вид аргумента более походит для политической речи, особенно в большой и разнородной по составу аудитории, и достаточно эффективно используется именно политическими ораторами.

Вот еще один пример рассуждения российского Конституционного Суда. «Право свободного выбора места жительства принадлежит гражданину от рождения и... является неотчуждаемым... Вместе с тем это право не носит абсолютного характера... с учетом того, что его осуществление может привести к нарушению прав и свобод других лиц, что недопустимо в силу статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации. Поэтому реализация названного права может сопровождаться введением обоснованных ограничений...».[3] Здесь отсутствует самая главная часть аргументации — доводы в обоснование положения аргумента о том, что осуществление права на выбор места жительства

1) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
2) СЗ РФ, 1996, №14, ст. 1550; ВКС, 1996, №2, с. 37.
3) Оценив изящество аргументации по аналогии, заметим все же, что вряд ли установление жанров нормативно-правовых актов должно входить в компетенцию Конституционного Суда.

может привести к нарушению прав и свобод других лиц. Не указано, ни какие конкретно права других лиц находятся под угрозой, ни серьезность подобной угрозы. Рассуждая подобным образом, можно сделать заключение, что и право человека дышать может быть ограничено и подлежать правовому регулированию в силу того, что его осуществление может привести к нарушению прав и свобод других лиц.

Можно с достаточной долей уверенности утверждать, что ни германский, ни американский суды не ограничились бы подобной аргументацией. Во-первых, для них не являлось бы аргументом то, что осуществление кем-то своего права *может* нарушить права других — требуется реальная угроза подобного нарушения, с тем, чтобы было возможно ее оценить. Во-вторых, в подобных случаях они непременно анализируют, какие конкретно права других лиц находятся под угрозой нарушения. Далее эти конфликтующие права взвешиваются и оцениваются, устанавливается их иерархия. Ведь в результате установления такой иерархии вполне возможно, что ограничены должны быть именно права других лиц, а вовсе не того, кто стремится реализовать свое право на выбор места жительства. Кроме того, ограничение в правах должно иметь место только тогда, когда защитить общественный интерес другими способами невозможно. Можно с достаточной долей вероятности прогнозировать, что Верховный Суд США в подобном случае переложил бы ответственность с плеч граждан на плечи государства и правительства, указав, что переполненность автобусов и нехватка жилых помещений должна решаться не путем введения ограничений на въезд и регистрацию жителей (т. е. не за счет ущемления прав граждан), а путем совершенствования транспортной системы, введения дополнительных маршрутов и разработки эффективных жилищных программ.

Отсутствие подобной аргументации является отличительной чертой российских судебных решений. Именно поэтому с ними трудно соглашаться и их трудно опровергать. Несогласие может быть именно с решением, т. е. уже с заключением, конечным выводом, а не с доводами, которых, по сути дела, не приводится.

Естественно, во многих случаях используется целый ряд аргументов. Рассмотрим это на примере одного абзаца из особого мнения судьи О.В. Лучина по делу о проверке конституционности положений Указа Президента РФ от 3 октября 1994 г., установившего порядок назначения глав администраций: «Президент присвоил себе не только право назначать глав администраций субъектов федерации, но также право разрешать или запрещать проведение выборов глав администраций. Таким образом, Президент сам устанавливает своим полномочия по принципу: «Своя рука — владыка». Эта «саморегуляция», не ведающая каких-либо ограничений, опасна и несовместима с принципом разделения властей, иными ценностями правового государства. Президент не может решать какие-либо вопросы, если это не вытекает из его полномочий, предусмотренных Конституцией. Он не может опираться и на так называемые «скрытые (подразумеваемые)» полномочия. Использование их в отсутствие стабильности конституционного правопорядка и законности чревато негативными последствиями: ослаблением механизма сдержек и противовесов, усилением одной ветви власти за счет другой, возникновением конфронтации между ними». В данном примере использованы следующие виды топов: максимы права (ultra vires — решение, принятое с превышением компетенции, является незаконным); правовые и политические доктрины: разделения властей, «сдержек и противовесов», правового государства; социальные ценности: стабильность, правопорядок, законность. При этом использованы следующие виды аргументов: целого и части (Президент как одна из ветвей власти, то есть часть государственной власти, присвоил себе полномочия других ветвей власти, то есть целого, умалив тем самым «демократические начала нашего государства»; прагматический (с точки зрения нежелательных последствий); несовместимости (неограниченная власть несовместима с проповедуемым самим же Президентом принципом разделения властей).



Риторическая концепция общих мест пересекается с юридической классификацией подходов к толкованию. Каждый стиль толкования задействует определенные виды общих мест: «реалисты» аргументируют с точки зрения «наиболее желательных последствий» (аргумент от обстоятельств, например, дело *«Мапп против Огайо»*, США); «прагматики» исходят из понимания права как инструмента для достижения определенных социальных целей (*«Терри против Огайо»*, США); «формалисты» кладут в основу аргументации букву закона и намерение законодателя (дух закона). Квинтэссенцией формалистского подхода можно считать слова судьи Скалиа Верховного Суда США: «Я не считаю, что я — социальный инженер. Дайте мне правила, дайте мне факты. Я вынесу решение».Все остальные подходы основаны на взвешивании различных топов и балансировании ценностей, лежащих в их основе.

### 2.3. Совместимость аргументов и разрешение антиномий

Положения конституций являются юридическими топами высшей иерархии, но, как было видно из примеров, при применении к определенной проблеме они могут образовывать антиномии, т. е. вступать в противоречия между собой. Ответ, какую из конституционных норм следует предпочесть, нельзя найти в теории права. То, что связано с предпочтениями и выбором, относится к сфере риторики в ее современном понимании, поскольку именно неориторика учит исходить при обосновании выдвинутых положений из важности ценностного суждения и иерархии ценностей. Хайм Перельман признавал даже, что «иерархии ценностей... более важны для структуры аргументации, чем сами ценности. Большинство ценностей поистине признается целым рядом аудиторий, а конкретная аудитория определяется не столько по тем ценностям, что она разделяет, сколько по тому способу, как она их выстраивает. Ценности могут признаваться многими различными аудиториями, но степень их приемлемости будет различаться от одной аудитории к другой».[1] Помимо иерархии ценностей, предпочтение одного из типов общих мест другому (в том числе предпочтение одной нормы права другой) будет определяться аргументативной ситуацией,[2] т. е. типом стоящей проблемы, аудиторией и целью, которую преследуют аргументирующие.

Для разрешения антиномии применяется **аргумент к совместимости** — аргумент, «основание которого состоит в установлении совместимости двух или нескольких норм, к которым может быть отнесен факт».[3] Продемонстрировать процесс разрешения антиномий можно на следующих примерах.

Конституционные суды многих стран столкнулись с проблемой определения конституционности законов, разрешавших либо запрещавших производство абортов. Как писал об этой серьезной проблеме КС Италии, история взглядов законодателей на произвольные аборты как на преступление «связана как с развитием религиозной мысли и с эволюцией моральной философии, так и с социальными, правовыми, политическими и демографическими доктринами. Не наказуемый в определенные эпохи и наказуемый в другие — иногда легко, иногда очень серьезно — произвольный аборт считался нарушением в

[1]) Perelman, Ch.; Olbrecht-tyteca, L. The New Rhetoric..., p. 81.
[2]) См. подробнее там же, с. 96.
[3]) Волков А.А. Основы русской риторики..., с. 328.



корне различных ценностей, таких как жизнь, устройство семьи, общепринятая мораль и рост населения».[1]

В различных странах вопрос о правомерности абортов решался по-разному в зависимости от того, какие моральные, социальные, политические или иные ценности признавались судом как определяющие, т. е. перевешивающие все остальные.

В США взвешивались потенциальная жизнь плюс здоровье матери, с одной стороны, и право женщины на частную жизнь, включающее право самостоятельно принимать решения относительно своего будущего в целом и деторождения в частности, с другой.

В Италии на одну чашу весов были положены «сохранность потомства», «демографические интересы государства», «защита материнства», «неотъемлемые права человека» (в том числе зародыша), «жизнь» («эмбриона, который еще только должен стать человеком»), а на другую — «здоровье и жизнь человека» (а именно беременной женщины). Таким образом, единственным критерием законности производства аборта в Италии признается необходимость спасти жизнь или здоровье матери.[2]

В Австрии оценивались жизнь и равенство против интересов матери (включая удобство и финансовые выгоды).

Как видно, эти подходы весьма различны и не связаны с позитивными правовыми нормами. В то время как основное «ядро» норм конституций, закрепляющее основные права граждан, практически совпадает текстуально, их применение судьями приводит к противоположным результатам. Следовательно, нельзя отрицать того, что есть нечто, существующее **за** пределами писаных норм, что принимается в расчет судами. Это — эпидейктическая система конкретного общества. Именно поэтому в США центральным был аргумент в защиту женщины, точнее ее права как личности устраивать жизнь по своему желанию и в соответствии со своими возможностями, а в решении КС Италии эта ценность даже не упоминалась.

Еще больше трудностей возникает тогда, когда суду приходится искать аргументы в поддержку решения, исходящего не из абстрактных ценностей, пусть и самых фундаментальных и очень важных, а из существующих экономических и социальных возможностей. Так, Верховному Суду США в деле *«Дотард против Роулинсона»* пришлось взвешивать, с одной стороны, конституционное право женщины на равные возможности с мужчиной при найме на работу в исправитель-

[1]) Carmosina et al. Решение Конституционного Суда Италии от 18.02.1975. — 20 Giur. Const. 117 (1975).
[2]) Carmosina et al. 20 Giur. Const. 117 (1975).

ные учреждения, а с другой стороны, существующие условия насилия и беспорядка в мужских тюрьмах, царящую там «атмосферу джунглей», вызванную нехваткой персонала и помещений. Суд признал законным положение административного акта, запрещающего женщине занимать должность исправительного советника в мужской тюрьме, исходя из насущного интереса государства в поддержании порядка: «Относительная способность женщины поддерживать порядок в мужской тюрьме особого режима, такой, как тюрьма в Алабаме, может быть подорвана именно потому, что она является женщиной... В тюремной системе, где жестокость является нормой, где условия проживания в общежитии облегчают доступ к надзирателям, где в каждом заведении имеет место нехватка персонала и где правонарушители на сексуальной почве составляют значительную часть заключенных и они беспорядочно перемешаны в другими заключенными, нет значимых факторов, которые предотвращали бы нападения на надзирательниц». Судья Бреннан не согласился с тем, что в данном случае исключения для женщин являются законными: «...Принципиальным объяснением вынесенного решения является то, что женщины, работающие надзирателями, провоцируют своим присутствием нападения на сексуальной почве. При всем своем уважении я должен отметить, что такая постановка вопроса, к сожалению, увековечивает один из самых старых предрассудков о женщинах, что вольно или невольно они являются соблазнительным сексуальным предметом... Именно женщины должны расплачиваться лишением возможности устроиться на работу из-за угрозы недостойного поведения заключенных... Соответствующей реакцией на неизбежные нападения как на женщин, так и мужчин, работающих охранниками, было бы не ограничение возможностей устроиться на работу для законопослушных женщин, решивших поработать на благо общества, а принятие быстрых и решительных мер наказания по отношению к заключенным, совершившим правонарушение... Лишив женщин возможности получить работу из-за угрожающего поведения осужденных преступников, мы поставили бы наши приоритеты с ног на голову».[1]

Несмотря на относительно недолгую историю своего существования, с балансом различных конфликтующих между собой ценностей пришлось столкнуться в своей практике и российскому Конституционному Суду. В определении КС по жалобе Андрея Козырева суд признает, что «требования защиты чести и доброго имени» могут вступать

[1]) Dothard v. Rawlinson, 433 US 321 (1977). Текст данного судебного решения также содержится в книге: Лоуренс Фридмэн. Введение в американское право. Москва, «Прогресс — Универс», 1993, сс. 269–273.



в противоречие с интересами «свободной дискуссии по политическим проблемам в демократическом обществе». Однако суд уклонился от абстрактного ответа на вопрос, которой из двух ценностей в случае их конфликта должно быть отдано предпочтение, оставив за судами общей юрисдикции право и обязанность в каждом конкретном случае «обеспечивать должное равновесие при использовании конституционных прав на защиту чести и достоинства, с одной стороны, и свободу слова, с другой».

Российский КС задавался целью «поиска равновесия между общественными и частными интересами»[1] также при решении вопроса о том, является ли установление регистрационного сбора за прописку (регистрацию) граждан в Москве и введение платных лицензий на право приглашения специалистов в Московскую область незаконным ограничением свободы передвижения и права на выбор места жительства. Свое решение он строил, принимая во внимание социально-экономические факторы (правда, то, насколько удачно был осуществлен баланс общественных и частных интересов в данном конкретном случае — вопрос спорный).

С поиском баланса аргументов мы сталкиваемся и при чтении решения КС РФ от 7 марта 1996 года. Суд был вынужден разрешить противоречие между необходимостью защитить конституционные права лиц, пострадавших от уголовных преступлений, совершенных судьями, с одной стороны, и обеспечить конституционную гарантию неприкосновенности судей, с другой стороны. Суд признал, что судейская неприкосновенность является исключением из принципа равенства всех перед законом и судом. Однако он признал также, что такое исключение правомерно.[2] Что интересно, в отличие от конституционных судов других стран, российский суд не стал «взвешивать» оба конфликтующих в данном случае права и не стал устанавливать их иерархию. Он фактически ушел от ответа на вопрос, предоставив решать его судам общей юрисдикции. Как показывает анализ решений судов других стран, в подобных случаях они не пытаются, в отличие от российского суда, уйти от решения проблемы и переложить ее на плечи нижестоящих судов. Вероятно, и российскому суду следовало бы не искать компромисса за пределами двух конфликтующих законодательных актов, а установить, какой из двух конфликтующих ценностей в данном случае должно быть отдано предпочтение.

[1]) ВКС, 1996, №2, с. 49. Пост. от 4 апреля 1996 г.
[2]) СЗ РФ, 1996, №14, ст. 1549.

Однако, несмотря на то, что и американскому, и российскому судам приходится прибегать к тактике взвешивания различных ценностей с целью принятия решения, ни тот, ни другой так и не выработали единой, разделяемой всеми иерархической системы, подобной той, которой руководствуется в своих решениях Конституционный Суд Германии.

Решения судов по делам, в которых суду приходится выбирать между двумя равными по юридической силе нормами, позволяют выстроить иерархию ценностей, существующую в обществе или распространяемую властью в той или иной стране в определенную эпоху. Наиболее часто столкновение интересов проходит по следующим линиям: интересы отдельной личности против интересов государства; права одной личности против прав другой личности.

Об этом прямо говорится в самих текстах судебных решений. Американское прецедентное право выработало тест, в соответствии с которым в случае конфликта полицейских функций государства с провозглашенными индивидуальными правами личности, индивидуальные права должны трактоваться как можно шире, а государственная заинтересованность — как можно у́же и определеннее: «Как указывал Суд в своих решениях, там, где речь идет об определенных «основных правах», регулирование, ограничивающее эти права, может быть оправдано только при наличии «довлеющего государственного интереса», ... и законодательные акты должны включать только узкие ограничения и только тогда, когда именно законный государственный интерес находится под угрозой...».[1] Из этого исходит суд в деле *Ро*: «...Мы не можем согласиться, что, принимая одну конкретную теорию жизни, Техас имеет право пренебрегать правами беременной женщины, находящимися под угрозой. Однако, мы повторяем, что государство действительно имеет важный и законный интерес в **сохранении и защите здоровья беременной женщины**, независимо от того, является ли она постоянным жителем штата или приехала туда за медицинской консультацией и помощью, а также, что у него есть еще и *другой* важный и законный интерес — **защита потенциальной человеческой жизни**. Эти интересы раздельны и различны. Каждый из них существенно возрастает по мере того, как у женщины приближается срок родов, и в определенный момент беременности каждый становится «довлеющим».[2]

[1]) Lockner v. New York (198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905).
[2]) Roe v. Wade; жирный шрифт мой — А.С..



Представляет интерес то, как суд пытается сбалансировать эти два интереса. Что касается здоровья матери, то суд счел, что заинтересованность государства в его охране становится «довлеющей» приблизительно с конца первого триместра беременности, поскольку *до* этого срока смертность от абортов на данном этапе развития медицины, согласно медицинской статистике, меньше, чем смертность во время родов.

Что касается второго законного интереса государства, то охрана потенциальной жизни становится «довлеющей» с момента выживаемости плода, т. е. его способности жить вне утробы матери. На этом этапе государство может даже запретить аборты, кроме случаев, когда необходимо сохранить жизнь или здоровье матери.

Таким образом, при первом триместре беременности государство не имеет законных интересов, дающих право ограничивать фундаментальные права женщины, гарантированные ей конституцией США. Во втором триместре беременности женщины у государства появляется довлеющий и законный интерес в охране здоровья матери, при этом вмешательство государства не должно преследовать иных целей, кроме регулирования самой процедуры абортов с тем, чтобы сделать ее более безопасной для здоровья и жизни женщины. На заключительном же этапе беременности превалирующим и законным государственным интересом становится охрана потенциальной жизни и, следовательно, государство имеет право даже запретить аборты на поздних сроках, кроме тех случаев, когда их необходимо сделать по медицинским показаниям для спасения жизни матери.

Однако с течением времени, как показывает судебная практика, Верховный Суд США практически во всех случаях противостояния интересов государства и личности стал отдавать предпочтение интересам государства. Впрочем, подобная тенденция имеет место и в других странах.

Из всех судов наиболее последовательно применяет аргументацию, основанную на исследовании ценностей и их баланса, КС ФРГ. Результаты «взвешивания» достаточно прогнозируемы, поскольку суд руководствуется концепцией «объективного порядка ценностей», согласно которой эти ценности расположены в определенной иерархии, вершину которой составляют принцип «свободного демократического основного строя» и стоящего над всем принципа «человеческого достоинства». Принцип строгой иерархии объективных ценностей, лежащих в основе текста Основного Закона, взаимосвязан с принципом структурного единства этого текста. Как справедливо указывал профессор Клауд, «любая попытка использовать открыто структурную теорию

интерпретации конституции требует равно открытого ценностного выбора, основанного на ценностях, содержащихся в конституционной структуре и во взаимоотношениях отдельных положений этого документа».[1] В качестве примеров, подтверждающих это положение, он приводит решение американского Верховного Суда по делу Бойда, когда суд привлек не аргументацию от буквального значения слов конституционных норм, а аргументацию, основанную на ценностях, провозглашаемых этими нормами. Тем самым текст был истолкован судом с учетом «нетекстовых источников». Эти «экстратекстовые источники» потребовали, чтобы судьи сделали ценностный выбор. И когда они решили в этом деле признать охрану интересов личности превалирующей над обеспечением эффективности работы государственной власти, они руководствовались именно ценностным выбором, который даже не пытались скрыть за чисто техническим анализом текста.

Профессор А. Морган Клауд не ставит своей целью обсуждение вопроса о том, насколько судьи **должны** делать подобный выбор между ценностями. Он лишь утверждает, что «выбор решения в «трудных» конституционных делах неизбежно связан с ценностными предпочтениями».[2] Рассмотренное Верховным Судом США дело Бойда необычно именно тем, что суд при интерпретации правового текста применительно к фактам обратился к аргументации от нравственных ценностей эксплицитно, не пытаясь прикрыть свой выбор решения аргументами от буквального толкования текста.

## 2.4. Эпидейктическая система юридической аргументации

После проведенного анализа можно утверждать, что судьи при выработке своей точки зрения на проблему руководствуются определенными ценностными концепциями, в соответствии с которыми принимают решение, и уже в ее обоснование подыскивают определенные правовые аргументы. Именно поэтому часто случается так, что более сильные аргументы отводятся или просто игнорируются судьями, в то время как заведомо слабые порой ложатся в основу судебного решения.

Проведенный анализ позволяет создать приблизительный сводный каталог эпидейктических топов, т. е. общих мест культуры, который

[1] Cloud, Morgan A., III. Structure and Values in Constitutional Interpretation. Emory Law Journal, vol. 40, 1991, p. 880.

[2] Cloud, Morgan A., III. Structure and Values, p. 882.



будет общим для всех трех стран: 1) право; 2) этика, мораль, нравственность; 3) политика; 4) наука; 5) исторический опыт; 6) религия.

Рассмотрим их поподробнее.

*1. Право.* Место права в иерархии ценностей конкретного общества зависит, прежде всего, от того, воспринимается ли оно как нечто, имеющее ценность само по себе, или как средство достижения и поддержания каких-либо других ценностей. Интересный материал для определения места права в иерархии ценностей может дать изучение законодательства разных стран о предоставлении определенным категориям лиц права не выступать в качестве свидетелей в суде (наделение их так называемым судебным иммунитетом, или судебной привилегией). Так, несмотря на заинтересованность любого государства в борьбе с преступностью, в некоторых странах от свидетельства освобождаются врачи (по делам своих пациентов), священники (по фактам, ставшим им известным в ходе исповеди), адвокаты (по сведениям, полученным от подзащитных) и супруги. К этим привилегиям, считающимся абсолютными, в некоторых странах добавляются и некоторые ограниченные: такие как право журналиста не разглашать источник конфиденциальных сведений, полученных им в результате журналистского расследования, или право должностных лиц хранить молчание в интересах государственной или военной безопасности. В России к ним добавляются депутаты — в отношении сведений, которые были им доверены избирателями. Существуют ли в конкретной стране эти иммунитеты — все или некоторые из них, — а также являются ли они безусловными или ограниченными, зависит от ценностей, которые стоят за ними. Если религия стоит в иерархии ценностей выше права, то закон ни при каких обстоятельствах не будет требовать, чтобы тайна исповеди была нарушена священником по предписанию суда. Если в состав приоритетов включается сохранение семьи, то и супруг будет освобожден от обязанности свидетельствовать против своего супруга. Если свобода слова признается каким-то обществом фундаментальной ценностью, то и журналист получит в этом обществе право на журналистскую тайну. Во всех этих случаях признается подход к праву как к средству защитить и распространить существующие в обществе ценности, поэтому вполне логично то, что этими ценностями нельзя пожертвовать для торжества права.

Однако возможен и такой подход, когда право считается ценностью само по себе. В таком случае «в интересах правосудия» можно заставить священника, врача, адвоката, супруга, журналиста (или некоторых из них) свидетельствовать в суде. Здоровье, семья, религия, свобода (то есть то, что в основе своей составляет благополучие отдельной лич-

ности) будут в таком обществе ценностями более низкого уровня, чем равенство перед законом и судом, общественное благо, порядок управления.

Интересен подход к роли ценностей в германской правовой системе. Если в большинстве стран считается, что законы существуют для того, чтобы был порядок (правопорядок в том числе), то в Германии, судя по характеру и духу решений Конституционного Суда, скорее склонны считать, что «правопорядок существует для того, чтобы наставлять граждан в моральном содержании Основного Закона, а это значит, и в области основных ценностей, касающихся природы жизни, личности и семьи».[1]

*2. Этика, мораль, нравственность.* Мораль является ценностью, наиболее близко соотносящейся с правом. Любые нормативные суждения берут свои корни из моральных предпосылок. Весь вопрос состоит в том, какой моралью руководствуется законодатель или суд и какую роль он ей отводит в системе других ценностей. Однако столь же очевидно, что право может представлять и вполне самостоятельную ценность, а моральные ценности могут стоять в иерархии ниже права.

В то же время, общество в целом может не разделять такой позиции юристов, и если, например, в Германии законопослушание является моральной нормой, то в России всегда делались попытки противопоставить моральную сторону дела его правовой стороне, и каждый всегда считал себя вправе нарушать закон, если последний не соответствует его собственному представлению о правильном и справедливом. Не случайно в суде присяжных адвокаты, в случае доказанного преступления, используют в качестве основного аргумента своей защиты апелляцию к нормам морали, которая вступила в конфликт с нормой права.

В то же время судьи не имеют возможности апеллировать непосредственно к соображениям морали, поскольку подобная аргументация не считается правовой. Как писал в судебном решении судья Тэйни, «в компетенцию суда не входит решение вопросов о справедливости или несправедливости, правильности или неправильности... законов. Решение этого вопроса принадлежало политической или законодательной власти... Обязанность суда — интерпретировать документ, который они создали, с максимальной ясностью, которой только можно достигнуть, и применять его в том виде, в каком он существует, в соответствии с его действительной целью и значением на момент принятия».[2]

1) Kommers, Donald P. Opp. cit., 12.
2) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).



Однако у такого абсолютизма мало сторонников среди прогрессивно мыслящих судей. Дело в том, что на самом деле у судьи всегда есть возможность, руководствуясь при принятии решения моральными ценностями, обосновать их в терминах права, то есть привлечь аргументы от других топов (намерение законодателя, многозначность термина, разведение аналогии и т. д.). Именно поэтому желание суда уклониться от решения вопроса, в основе которого лежит неоднозначность моральной оценки, часто определялось в литературе как проявление моральной трусости судей, а вовсе не как их приверженность «букве закона» (о чем свидетельствуют, например, упомянутые дела State v. Post, Dred Scott v. Sandford, Plessy v. Ferguson). Как показывает история прецедентов, буквальное толкование, приверженность которому декларируют многие юристы, зачастую используется для оправдания бездейственности судебной власти в области создания и внедрения в правовое сознание граждан новых взглядов на мораль и право, хотя во многих случаях суды имеют возможность осуществлять такую деятельность без вторжения в полномочия законодательной власти.

В самом деле, вряд ли кто станет оспаривать, что, какие бы аргументы ни приводили судьи, оправдание ими закона о раздельном проезде по железной дороге белых и черных было определено именно их моральными воззрениями.[1]

Интересно то, что КС Германии смело апеллирует непосредственно к морали, причем не только в тех случаях, когда догматическое применение нормы права привело бы к аморальному решению. Это говорит о том, что мораль и право в немецком обществе гораздо больше совпадают по содержанию своих понятий, чем в других странах. В России, наоборот, большинство граждан противопоставляют мораль и право, считая, что они слишком далеки друг от друга, что и является, в значительной мере, причиной самосуда и правового нигилизма.

В *деле об абортах* КС ФРГ, хотя и привлек к обоснованию своего решения аргументы, основанные на научных данных, всё же принял решение на основе определенного нравственного выбора: «Человеческая жизнь представляет высшую ценность в конституционном порядке, которой не нужно никакое другое обоснование; она — живая основа человеческого достоинства и предпосылка всех остальных фундаментальных прав».[2] Именно поэтому суд решил, что право плода на жизнь стоит в иерархии ценностей выше, чем право беременной женщины на развитие своей личности.

1) Plessy v. Ferguson (1896).
2) 1975, 39 BVerfGE 1.

*3. Политика.* Практически каждое решение судов по конституционным вопросам, независимо от примененной в решении аргументации, определяется политическими воззрениями судей и существующей политической ситуацией. Однако лишь в некоторых случаях политический характер решений бывает явно выраженным. Как правило, суды провозглашают свою независимость от политической власти и отсутствие у судебной власти компетенции решать политические вопросы. На практике же политические пристрастия судей оказывают значительное влияние на мотивацию принятых решений. КС РФ, например, в большинстве случаев соглашался с позицией Президента, при этом аргументация, использованная судом, носила не судительный, а оправдывающий, или склоняющий, характер, что является отличительной чертой не юридической, а политической риторики. Примером такого чисто политического решения является Постановление КС РФ от 30 апреля 1996 года по делу о проверке конституционности положений Указа Президента «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации». Государственная Дума обжаловала данный Указ, поскольку, вопреки тексту Конституции, он предусматривал не выборы глав администраций, а их назначение и освобождение от должности Президентом. Текст Конституции указывает, что система органов государственной власти в субъектах РФ устанавливается ими самостоятельно. На момент принятия указа во многих субъектах федерации не было законов о выборах, что позволило Президенту, сославшись на вакуум власти, принять указ о временном порядке назначения глав администраций. Аргументация суда по оправданию Указа Президента выглядит более, чем странно: «...Являясь временной мерой..., Указ не отрицает принцип выборности глав исполнительной власти...»; «...установление абзацем первым пункта 2 Указа порядка назначения на должность и освобождения от должности глав администраций Президентом Российской Федерации, как временная мера, не препятствует проведению выборов главы исполнительной власти субъектов Российской Федерации при условии наличия у них соответствующей правовой базы...».

Противоречивость аргументации КС РФ проявляется и в его попытках обосновать несостоятельность утверждений Государственной Думы о том, что в условиях становления системы органов государственной власти следует руководствоваться Законом РСФСР «О выборах главы администрации». КС посчитал, что этот закон противоречит положениям статьи 77 Конституции, предусматривающей, что система органов государственной власти субъектов федерации устанавливается ими «самостоятельно». Однако суд почему-то упустил из виду, что Указ



Президента также не предусматривал «самостоятельного» их установления самими субъектами!

Интересны и контраргументы судьи В.О. Лучина: «На мой взгляд, временный характер действия указа вовсе не оправдывает вмешательства Президента в прерогативы законодательной власти и не дает ему права восполнять пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, какими бы оговорками это ни сопровождалось». Что же касается аргументов суда по поводу «самостоятельности» субъектов федерации в установлении системы их собственных органов власти, судья Лучин заметил, что «имея в виду те же самые доводы, придется признать, что оспариваемый указ Президента еще в большей степени не согласуется с данной статьей Конституции Российской Федерации. Он ущемляет самостоятельность как субъектов Российской Федерации, так и федеральной законодательной власти».[1]

Следует обратить внимание и на фразу, что Президент «не может опираться и на так называемые «скрытые» (подразумеваемые) полномочия». Правовая доктрина «скрытых (подразумеваемых) полномочий» (implied powers), использованная в качестве топа, совершенно явно перекочевала в текст судебного решения российского судьи из американских прецедентов, которыми она была сформулирована и развита. Для того, чтобы понять смысл аргумента, скрытый за данным топомм, необходимо иметь определенные знания из истории американского конституционного права.

Судья Лучин прямо назвал подход Конституционного Суда в данном случае «компромиссом, приспособлением Конституции к конкретной ситуации», которые «не укрепляют, а разрушают законность». Он утверждает в своем особом мнении, что «можно выразить лишь сожаление, что Конституционный Суд своим авторитетом оправдывает антиконституционную указную практику, основанную на целесообразности и так называемых «скрытых» полномочиях Президента Российской Федерации».[2]

Следует заметить, что вообще многие дела, рассмотренные КС России, особенно на раннем этапе его существования, «были прочно вплетены в канву породивших их политических событий».[3] Примерами политического, а не правового подхода, могут служить постановление КС по Делу о КПСС, постановление по Делу о референдуме в Республике

[1]) ВКС, 1996, №3, с. 26.
[2]) ВКСб 1996, №3, с. 28.
[3]) Белкин А.А., Комментарии к решениям Конституционного Суда..., с. 5.

Татарстан,[1] заключение КС РФ по Делу о Президентском Обращении к народу.[2]

Политика определяет решения не только КС РФ, но и его зарубежных собратьев. Так, в решении КС Германии по *делу о роспуске парламента* (1984), составляющему 116 страниц, не только толкуются относящиеся к делу статьи Основного Закона, но и содержатся суждения о конституционности предпринятых канцлером Колем и президентом Карстенсом политических действий. Это еще раз подтверждает ту истину, что аргументация к политико-правовым доктринам всегда неразрывно связана с текущей политической ситуацией и может привести к самым разным решениям именно в зависимости от того, что за ситуация стоит за аргументацией суда.

Аргументация судов убедительно свидетельствует о том, что Рональд Дворкин прав, когда призывает юристов прямо и открыто признать, что «полагаться на политическую теорию — это не подрыв интерпретации, а часть того, что представляет из себя интерпретация».[3] Если политическая ситуация диктует суду выбор решения, значит, политика составляет часть права. Признание за ней этой функции дает возможность выстраивать честные правила интепретации для обоих сторон (в противном случае одна из сторон испытывает преимущества, так как руководствуется политическими соображениями скрыто и прикрывает их аргументами от других общих мест). Интерпретация в праве всегда связана с политическими теориями, в свете которых судами рассматривается намерение законодателя. Если бы юристы прямо признали это, их аргументация стала бы более ясной и открытой.

*4. Наука.* Как видно из приводившихся примеров, данные естественной науки (напр., медицины, психологии, физики) являются достаточно веским аргументом. Достаточно вспомнить рассуждения суда о том, с какого возраста «плод» может считаться «человеком», т. е. приобретает конституционное «право на жизнь» (решения ВС США, КС ФРГ, КС Польши, Конституционного Совета Франции). Безусловно, веским аргументом в праве являются и данные экспертизы, основанные на научных достижениях в определенных областях (например, баллистической, автотехнической, серологической), причем используются не только данные наук естественных, но и наук гуманитарных, например, педагогики, психологии, социологии, статистики.

[1]) от 21 марта 1992 г., ВСНДРФ и ВСРФ, 1992, №13, Ст. 671.

[2]) Cloud, Morgan A., III. Structure and Values in Constitutional Interpretation. Emory Law Journal, vol. 40, 1991, p. 880.

[3]) Dworkin, Ronald. Law as Interpretation. — Legal Reasoning, vol. II, ed. Aulis Aarnio and D.Neil MacCormick. Darthmouth, p. 277.



*5. Исторический опыт.* Исторический опыт порождает ценности. Он может выступать в качестве аргумента, если он был успешным. Например, считается, что президент США может действовать, когда распределение полномочий не совсем ясно, т. е. образуется так называемый «вакуум власти». Он может действовать в силу того, что в подобных экстраординарных обстоятельствах президент уже действовал успешно ранее, и хотя эта деятельность сама по себе не создает норм конституционного права, она дает **подход** к разрешению проблем, который был успешно применен ранее и может сработать снова.

КС ФРГ в *деле о лояльности государственных служащих* признал конституционными положения декрета канцлера, запрещающие прием на госслужбу лиц, которые были замешаны в «антиконституционных» действиях. В качестве аргумента в числе прочих суд использовал обращение к истории немецкой государственной службы. Он обратил внимание на то, что с конца 18 века до настоящего времени принципиальным профессиональным отличием гражданского служащего была его обязанность хранить верность монарху или государству. Эта обязанность была частью его профессионализма. «Эта традиционная лояльность государственного служащего, — отметил суд, — явно укоренилась в тексте Основного Закона» и проистекает из того убеждения, что современное «административное государство» требует «профессиональных гражданских служащих, верных государству и его конституционному порядку».

*6. Религия.* Апелляции к религиозным догмам не используются в качестве аргумента в праве, хотя зачастую именно религиозная этика определяет решение суда. Следует заметить, однако, что религиозные ценности, хотя и не привлекаются в качестве аргументов в судебных решениях, неизбежно присутствуют в научных дебатах юристов и политологов, особенно по таким важным вопросам, как правомерность смертной казни или производство абортов. Один из ведущих специалистов по конституционному праву США, профессор Трайб в конце концов признал, что попытки выбросить религиозную этику из конституционного регулирования оказались нереалистичными и что религия и дальше будет определять многое в дебатах по конституционным вопросам. Кроме того, необходимо предоставить религиозным группам право участвовать в политическом процессе, позволив им высказывать и отстаивать свою точку зрения по вопросам права и морали.[1]

Может ли религиозная этика служить единственным основанием для принятия закона? Судья Блэкмун, выразивший мнение судей, не соглас-

[1]) L. Tribe. American Constitutional Law. $2^{nd}$ ed., 1988, p. 1350.

ных с мнением большинства в деле *«Бауэрс против Хардвика»*, написал в своем мнении: «Утверждение, что «традиционные иудейско-христианские ценности предписывают» то или иное поведение, не может служить адекватным основанием для статута. То, что определенные, но никоим образом не все, религиозные группы отвергают поведение, являющееся предметом спора, не дает государству позволения навязывать их суждения всем гражданам. Легитимность светского законодательства зависит, наоборот, от того, может ли государство привести иные доводы, помимо соответствия религиозной доктрине, в поддержку своего закона».[1]

В целом можно сделать вывод, что судьи используют для формирования своего мнения по какому-либо вопросу повсеместно принятые топы (т. е. топы как общие места культуры или топы как ценностные предпочтения), в то время как частные топы используются ими не столько для поиска, сколько для обоснования принятых решений, помогая найти необходимые правовые аргументы. На практике это выглядит так: суд при решении вопроса о конституционности законодательства, разрешающего (или наоборот, запрещающего) аборты руководствуется религиозной этикой, но в решении приводит аргументы медицинского характера (данные наук). Другой пример: суд руководствуется своими социально-политическими воззрениями на положение негров в обществе, а аргументирует свое решение тем, что негры не должны считаться гражданами США, исходя из «намерения законодателя» — отцов-основателей американской конституции, многие из которых сами были рабовладельцами. И лишь КС ФРГ решается прямо апеллировать именно к нравственным ценностям. Это связано не только с немецкой правовой культурой, но и с тем, что сам текст Основного Закона Германии в 1949 году разрабатывался как отражение определенных нравственных представлений, на которые наложили свой отпечаток и борьба с идеологией фашизма, и особый исторический, в том числе конституционный, опыт.

[1]) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

# Глава 3
# Топическая юриспруденция: вместо заключения

Применение к исследованию права топического метода, предложенного аристотелем, позволяет не только создать удобный «сборник рецептов», с помощью которого студенты юридических вузов во время занятий по риторике учатся изобретать аргументы в поддержку своей позиции по делу, но и помогает расширить горизонты понимания того, как живет и функционирует право, как юристы выстраивают нить рассуждения, как взаимодействуют между собой право и другие социальные нормы, как взаимно влияют друг на друга язык и право, политика и право, философия и право.

Топ — 'общее место, точка зрения, проблема, исходная посылка доказывания' — лежит в основе построения диалогического рассуждения в любой области гуманитарного знания. В соответствии с риторическим замыслом структура рассуждения выстраивается следующим образом: сначала определяется главная проблема спора (статус дела); затем каждая из сторон анализирует дело в соответствии с выбранной стратегией, привлекая те топы, которые помогают найти аргументы в ее пользу; затем на основании разрешения антиномий и определения весомости приведенных аргументов происходит принятие решения, которое является средством разрешения конфликта.

Топы и их каталоги являются средством налаживания речевого общения, для которого нужна смысловая общепонятность. Проблемное мышление не может быть жестко связано какими-либо догмами или правилами, но в некоторых установленных, зафиксированных соглашениях между людьми оно заинтересовано, поскольку без этого невозможно понимание. Следование заранее согласованным общим местам для партнеров по коммуникации — залог эффективности и результативности диалога.

Топы помогают не просто установить основы понимания в диалоге, но и продолжить обсуждение проблемы с рассмотрением максимально возможного количества различных точек зрения. В этом плане они выступают как отправные пункты мыслительной деятельности, развивая способность человека к вынесению суждения. Знание топов и их иерархии позволяет рассмотреть проблему наиболее полно.

В праве топический подход требует исследования в каждом конкретном споре максимального числа из всех возможных топов, поскольку только при полноте рассмотрения различных точек зрения

ных с мнением большинства в деле *«Бауэрс против Хардвика»*, написал в своем мнении: «Утверждение, что «традиционные иудейско-христианские ценности предписывают» то или иное поведение, не может служить адекватным основанием для статута. То, что определенные, но никоим образом не все, религиозные группы отвергают поведение, являющееся предметом спора, не дает государству позволения навязывать их суждения всем гражданам. Легитимность светского законодательства зависит, наоборот, от того, может ли государство привести иные доводы, помимо соответствия религиозной доктрине, в поддержку своего закона».[1]

В целом можно сделать вывод, что судьи используют для формирования своего мнения по какому-либо вопросу повсеместно принятые топы (т. е. топы как общие места культуры или топы как ценностные предпочтения), в то время как частные топы используются ими не столько для поиска, сколько для обоснования принятых решений, помогая найти необходимые правовые аргументы. На практике это выглядит так: суд при решении вопроса о конституционности законодательства, разрешающего (или наоборот, запрещающего) аборты руководствуется религиозной этикой, но в решении приводит аргументы медицинского характера (данные наук). Другой пример: суд руководствуется своими социально-политическими воззрениями на положение негров в обществе, а аргументирует свое решение тем, что негры не должны считаться гражданами США, исходя из «намерения законодателя» — отцов-основателей американской конституции, многие из которых сами были рабовладельцами. И лишь КС ФРГ решается прямо апеллировать именно к нравственным ценностям. Это связано не только с немецкой правовой культурой, но и с тем, что сам текст Основного Закона Германии в 1949 году разрабатывался как отражение определенных нравственных представлений, на которые наложили свой отпечаток и борьба с идеологией фашизма, и особый исторический, в том числе конституционный, опыт.

[1]) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

## Глава 3

# Топическая юриспруденция: вместо заключения

Применение к исследованию права топического метода, предложенного аристотелем, позволяет не только создать удобный «сборник рецептов», с помощью которого студенты юридических вузов во время занятий по риторике учатся изобретать аргументы в поддержку своей позиции по делу, но и помогает расширить горизонты понимания того, как живет и функционирует право, как юристы выстраивают нить рассуждения, как взаимодействуют между собой право и другие социальные нормы, как взаимно влияют друг на друга язык и право, политика и право, философия и право.

Топ — 'общее место, точка зрения, проблема, исходная посылка доказывания' — лежит в основе построения диалогического рассуждения в любой области гуманитарного знания. В соответствии с риторическим замыслом структура рассуждения выстраивается следующим образом: сначала определяется главная проблема спора (статус дела); затем каждая из сторон анализирует дело в соответствии с выбранной стратегией, привлекая те топы, которые помогают найти аргументы в ее пользу; затем на основании разрешения антиномий и определения весомости приведенных аргументов происходит принятие решения, которое является средством разрешения конфликта.

Топы и их каталоги являются средством налаживания речевого общения, для которого нужна смысловая общепонятность. Проблемное мышление не может быть жестко связано какими-либо догмами или правилами, но в некоторых установленных, зафиксированных соглашениях между людьми оно заинтересовано, поскольку без этого невозможно понимание. Следование заранее согласованным общим местам для партнеров по коммуникации — залог эффективности и результативности диалога.

Топы помогают не просто установить основы понимания в диалоге, но и продолжить обсуждение проблемы с рассмотрением максимально возможного количества различных точек зрения. В этом плане они выступают как отправные пункты мыслительной деятельности, развивая способность человека к вынесению суждения. Знание топов и их иерархии позволяет рассмотреть проблему наиболее полно.

В праве топический подход требует исследования в каждом конкретном споре максимального числа из всех возможных топов, поскольку только при полноте рассмотрения различных точек зрения

можно прийти к справедливой оценке конфликтной ситуации и достичь согласия аудитории (сторон конфликта, общественности) с позицией суда и сознательного, добровольного присоединения к ней. Толкование с привлечением аргументов из всех видов топов — более совершенное, более точное, поскольку позволяет учесть элементы аксиологии и обогатить право элементами этики.

Судья не просто интерпретирует текст, но и пытается провести принципы морали. Аудитория должна разделять те же моральные ценности, что и судьи, для того, чтобы согласиться с аргументацией суда и присоединиться к ней. В противном случае падает авторитетность судебного решения. Спецификой судебной интерпретации является то, что она носит обязывающую силу независимо от того, является ли она правильной в глазах аудитории, на которую она рассчитана, а также то, что она легитимизирует применение силы государственного принуждения против тех, кто отказывается принять или иным образом придать эффект значению, воплощенному в интерпретации. В этом содержится постоянная опасность нарушения общественного согласия и угроза правопорядку. Поскольку произвол и злоупотребление властью при отправлении правосудия менее всего возможны там, где есть гарантия, что «взгляды каждого (все уместные topoi) приняты во внимание»,[1] выявление состава общих мест и изучение их иерархии является важным этапом создания «безопасных правил, которые помогут нам двигаться по опасному пути».[2]

Топы не являются «иллюзорными категориями», а представляют собой «дисциплинирующие правила» интерпретации, «структуру ограничений», накладываемых на интерпретацию нормативно-правового текста. Абсолютной свободы интерпретатора в праве не существует. Он дисциплинируется «набором правил, которые указывают на то, как материал (то есть слова, история, намерение, последствия) соотносится с делом и какой вес ему должен придаваться, а также определяют основные концепции и устанавливают процедурные обстоятельства, в которых происходит интерпретация».[3] В праве будет частично меняться состав этих мест в зависимости от отрасли, к которой они применя-

[1]) Durham, W. Cole, Jr. Translator's Forward // Viehweg, T. Topics and Law, 1993, c. xxiv.

[2]) Lieber, Francis. Legal and Political Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics with remarks on Precedents and Authorities. — 3rd ed. — St.Lous.: F.H.Thomas, 1880, p. 53.

[3]) Owen M.Fiss. Objectivity and Interpretation. — Legal Reasoning, vol. II, Dartmouth, p. 302.



ются, в зависимости от аудитории, на которую они рассчитаны (судей, присяжных, вышестоящих судей, политиков), в зависимости от цели, которую ставят перед собой судьи (например, сохранение общественного спокойствия, достижение мирового соглашения между сторонами, удовлетворение требований одной из сторон). Но хотя сами правила будут частично различаться, их «дисциплинирующая», ограничивающая функция сохраняется.

Наиболее строгими ограничениями, накладываемыми на интерпретацию юридических текстов, являются максимы права. Дальнейшее ограничение задается текстом норм права. Наибольшее же количество ограничений задают топы как ценности. В своей совокупности топы позволяют, с одной стороны, достичь некоторого единства в подходе к пониманию текста и относительной предсказуемости в его толковании, а с другой — придать гибкость тексту. Рассмотрение текста по топам — это процесс, в результате которого общий и расплывчатый текст закона приобретает специфичный и конкретный смысл.

Юридическая топика дается в своде законов и в интерпретации норм, содержащейся в текстах судебных решений. Каталог юридических топов является эластичным. Он может быть расширен или сокращен. Он сокращается за счет того, что ранее принятые точки зрения перестают быть приемлемыми. Добавление топов происходит при принятии новых законов, при интерпретации существующих норм и при появлении новых правовых теорий. Однако изменение каталога топов не может происходить часто или без достаточных оснований, поскольку по условиям культуры раз найденное решение проблемы обычно не пересматривается.

Поиск аргументов для обоснования принятого судом решения — это одновременно поиск аргументов в защиту той или иной интерпретации законодательного текста, следовательно топы аргументации можно рассматривать как топы интерпретации текста. Топика тесно соприкасается и даже переплетается с герменевтикой. Топическое мышление позволяет посредством интерпретации открыть новые варианты понимания без разрушения старых: «Это происходит следующим образом: пусть мы продолжаем придерживаться установленных ответов, но эти старые ответы рассматриваются нами уже с новых точек зрения (topoi), которые являются производными от абсолютно других контекстов и позволяют дать старым ответам новый поворот... Интерпретация является частью Топики и великолепно подходит для осуществления указанных адаптаций».[1]

[1]) Viehweg, Theodor. Topics and Law. Frankfurt am Main, Peter Lang, 1993, p. 30.

Топику и герменевтику объединяет то, что и та, и другая неразрывно связаны с принципами культуры. Учет внелингвистических, социокультурных факторов является необходимым условием как герменевтического метода, так и топической теории аргументации. При этом риторическая топика характеризуется терпимостью к множественности результатов аргументации. Однако, поскольку при принятии судебного решения все же необходимо сделать выбор в пользу одного-единственного результата, юридические топы обычно выстраиваются в иерархию, в соответствии с которой и происходит этот выбор. В отличие от топов аргументации, топы интерпретации не образуют иерархии.

Юрист интерпретирует не только текст, но и действительность, связанную или не связанную с этим текстом. Спор о допустимости тех или иных аргументов — это, по сути дела, спор о правильном или неправильном, уместном или неуместном понимании текста нормативного акта. В отличие от литературного критика, юрист всегда интерпретирует текст в расчете на третьего — судью, который ставит точку в вопросе о том, какая интерпретация отныне признается правильной, единственно возможной и обязывающей. Судьи принадлежат к интерпретирующему сообществу не в результате общности взглядов на особенные вопросы интерпретации, а в силу своей должности. Кроме того, споры о смысле юридического текста, в отличие от споров о смысле текста художественного, не могут длиться бесконечно, ибо, как говорит римская пословица, «бессмертны тяжбы, но смертны тяжущиеся». Таким образом, *интерпретация в праве имеет своей целью не столько достижение определенного понимания, сколько* **приписывание** *той или иной ситуации определенного понимания. Любой спор о понимании при правоприменительной деятельности конечен, а интерпретация, следовательно,* **конвенциональна**.

Проблема понимания юридических текстов не может быть сведена к чисто лингвистическим вопросам, ее решение абсолютно невозможно без привлечения риторического контекста, т. е. без учета цели создания текста и аргументативной ситуации. Для понимания текста права необходимо учитывать намерения участников диалога (создателя и получателя текста), историческую обстановку, стилистику работы конкретного суда, и даже, что очень важно, возможные последствия выбора именно той, а не другой интерпретации применительно к конкретному случаю, т. е. то, что называется «прагматическими условиями понимания».[1] Именно это «прагматическое знание» обусловливает выбор контекста, который служит не только для устранения многозначности выражений, но и для придания нового значения как отдельным структурным элементам текста, так и всему тексту в целом.



Анализ словесного выражения правового предписания составляет лишь первый этап поиска значения нормы, приложимого к конкретной конфликтной ситуации и наиболее приемлемого для ее справедливого разрешения. Достаточно часто возникает необходимость в продолжении поисков значения с привлечением цели закона, основных принципов права, системы социальных ценностей. При топическом подходе языковое выражение нормы права соотносится с топами, а они, в свою очередь, даются культурой, историей, моралью, социальными условиями и т. п.

Ни одна теория исследования юридических текстов не может претендовать на полноту, если она не пытается разрешить проблемы контекстуальной неопределенности. В литературе неоднократно отмечалось, что попытки решить проблемы неопределенности контекста применительно к текстам права с помощью эмпирической семантической теории, — это попытки с использованием неадекватных средств.[2] Как показывают различные исследования в области толкования юридических текстов, значение нормы права и входящих в нее терминов (термов) целиком зависит от конкретного контекста, к которому применяется язык данной нормы. Подобный подход отказывается от семантики в пользу прагматики как единственной, исключительной определяющей значения. Более того, такой подход убирает значение предложения в пользу значения высказывания.[3] Возьмем классический пример: «Въезд транспортным средствам в парк запрещен». Может ли в парк въехать полицейская машина, не нарушая правил? Если мы признаем, что может (например, на основании других правил, написанных в другом месте или документе), то это не сделает полицейскую машину транспортным средством менее, чем любую иную машину. Значит, вопрос о том, следует ли разрешить полицейской машине въезд в парк — это вовсе не вопрос о том, является ли она транспортным средством. Правила языка — это лишь первоначальные правила для формулирования

---

[1]) Кузнецов В.Г. Герменевтика и гуманитарное познание, с. 124.

[2]) Patterson, Dennis M. Realist Semantics and Legal Theory // Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. II, №2 (July 1989), p. 175; O'Brink, David O. Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review // Philosophy and Public Affairs, 1988, vol. 17, p. 105.

[3]) от 20 марта 1993 г., ВСНДРФ и ВС РФ, 1993, №13, Ст. 466.

и толкования других правил, они делают создание этих других правил возможным; но возможны и другие правила порождения значения, и эти другие правила нельзя не принимать во внимание. Только изучение риторического контекста может дать ответ на вопрос, какое значение может быть придано тому или иному словесному выражению применительно к конкретному правовому спору.

Понимание принципов функционирования языка является существенным для прояснения всех правовых проблем, ибо они всегда связаны с определенным положением закона, «закодированном» в языковой форме и требующем «декодировки» при каждом последующем к нему обращении. Высказывание может требовать не только предложения, но и отрывка текста, и целого текста, и совокупности текстов, и даже привлечения внеязыкового контекста для того, чтобы мы могли сделать выбор среди множества значений каждого слова, с тем, чтобы «декодировать» то, что передается в сообщении. При этом следует учитывать не только намерение создателя текста, но и обратную связь — «аудитория — автор текста», т. е. намерение интерпретатора использовать текст в соответствии со своим замыслом. Анализ судебных решений, содержащих толкование текстов конституций, подтверждает исходный тезис современной риторики о том, что аудиторию следует рассматривать не как пассивный, а как активный компонент речевого акта, который оказывает влияние на содержание смысл высказывания и формирует замысел создателя текста не менее, чем сам автор этого текста. В этом смысле топика есть инструмент «кодировки / декодировки» положений нормативно-правовых текстов, без которого невозможен их полноценный анализ.

Обращение к текстам права позволяет по-новому взглянуть на проблему правильности / неправильности понимания и толкования. Шлейермахер определял понимание текста как его правильное истолкование. Однако категория правильности применительно к пониманию правовых текстов имеет свои особенности и, кроме того, имеет тенденцию меняться со временем. Так, как было видно из приводившихся примеров, если ранние решения ВС США свидетельствуют о том, что правильность толкования воспринимается как грамматическая правильность (то есть содержание текста нельзя распространять за пределы собственно словарных значений слов), то решения КС ФРГ явно говорят о том, что правильность толкования определяется не столько буквой закона, сколько соответствием толкования представлениям о существующей иерархии ценностей.

*Опыт толкования нормативных текстов судами показывает, что задача интерпретатора несводима к точному воспроизведению смысла текста, вложенного в него автором.* И если можно признать справедливым утверждение, что «роль интерпретатора заключается в преодолении временной дистанции между текстом-оригиналом и современностью»,[1] то согласиться с тем, что любая интерпретация является лишь попыткой приблизиться в наиболее полной форме к раскрытию замысла автора текста, невозможно. Юридический текст создается с определенной целью, которая может не совпадать с замыслом его создателя и тем не менее будет определять бытование данного текста. Замысел автора текста (намерение законодателя) перестает быть главным критерием при оценке «адекватности интерпретации», ибо в праве адекватной может быть признана интерпретация, которая противоречит «намерению» создателя текста, но зато способна служить принятию справедливого решения. «Истинной» будет считаться интерпретация, выбранная авторитетным судебным органом и воплощенная в его решении. Итак, *применительно к нормативно-правовым текстам следует говорить не об истинной или правильной, а об «адекватной интерпретации» текста.*



Для того, чтобы интерпретация была «адекватной», необходимо чтобы при ее проведении были использованы все возможные принципы из выбранной системы принципов.[2] Топика как раз является одной из систем принципов (или моделей) интерпретации. *Чем больше топов вовлечено в интерпретацию, тем более адекватной она является.* Следовательно, установление каталога топов является существенным подспорьем в деле нахождения адекватной интерпретации законодательного текста.

Топика подсказывает, как следует трактовать термины права. В праве термины понимаются исключительно в отношении к правовым проблемам (спорам) и должны интерпретироваться только в их контексте. Об этом в свое время писал и Т. Фивег: «Если справедливо то, что юриспруденция должна пониматься как постоянное обсуждение проблем — иначе говоря, если ее общая структура определяется проблемами в смысле того, что проблемы провоцируют постоянный поиск topoi, которые могут служить в качестве их разрешения — тогда ее положения и термины должны быть соединены с проблемами особым образом... Термины в нашей дисциплине тоже понимаются исключительно в их отношении к основным базовым апориям и, следовательно, должны интерпретироваться в соответствии с ними».[3]

[1]) Кузнецов В.Г., Герменевтика и гуманитарное познание, с. 133.
[2]) Кузнецов В.Г., Герменевтика и гуманитарное познание, с. 140
[3]) Viehweg, Theodor. Topics and Law..., p. 89.

Топический метод применим при анализе нормативно-правовых текстов и текстов судебных решений в любой системе права, что говорит об общности самого принципа правового мышления и юридического рассуждения. Меняться будет иерархия топов применительно к той или иной культуре, но не сам каталог топов. Топический подход является единственным способом приблизить закон к жизни, приспосабливая и корректируя его.

Топический анализ позволяет исследовать мыслительные операции, которые предшествуют началу речевой деятельности. Безусловно, топика не может дать ответов на все вопросы, возникающие в связи с изучением правового мышления, и не является единственным подходом к его изучению, но ее вполне можно считать одной из первых теорий в этой области.

Таким образом, топика выступает: 1) как средство анализа проблемы; 2) как теория аргументации (учение о нахождении аргументов и их обосновании); 3) как теория интерпретации текста (учение о нахождении видов интерпретации и разрешении антиномий между ними). Топическая юриспруденция заявляет о себе как полноправная концепция философии права.

# Библиография


[1] Авеличев А.К. Возвращение риторики // Предисловие к: Дюбуа Ж., Мэнге Ф. и др. Общая риторика. — М.: Прогресс, 1986. — С. 5–61.

[2] Аристотель. Риторика // Античные риторики. — М.: Изд-во МГУ, 1978. — С. 15–166.

[3] Аристотель. Топика. // Аристотель. Соч. в 4-х т. т., т. 2. — М.: Мысль, 1978. — С. 347–532.

[4] Арно А., Николь П. Логика, или искусство мыслить. — М.: Наука, 1991.

[5] Баранов А.Н. Метаязыки описания аргументативного диалога // Диалог: 8. теоретические проблемы и методы исследования: Сб. Науч.-аналит. обзоров / Отв. Ред. Безменова Н.А.; АН СССР ИНИОН. — М.: ИНИОН, 1991. — С. 45–81.

[6] Бахтин М.М. Эстетика словесного творчества. — М.: Искусство, 1979. — 424 с.

[7] Белкин А.А. Комментарии к решениям Конституционного Суда Российской Федерации 1992–1993. — Спб., 1994.

[8] Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). — М.: Юридич. бюро «Городец», 1997.

[9] Владимиров Л.Е. Advocatus miles: Пособие для уголовной защиты. — Спб.: Законоведение, 1911.

[10] Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. — Харьков: Университетская типография, 1873.

[11] Волков А.А. Основы русской риторики. — М.: Изд. филологич. ф-та МГУ, 1996.

[12] Волков А.А. Строение и смысл риторического аргумента // Риторика. — 1995. — № 1. — С. 15–23.

[13] Выготский Л.С. Мышление и речь. — М.-Л.: Соцэкгиз, 1934.

[14] Гадамер Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики. — М.: Прогресс, 1988.

[15] Зеленецкий К.П. Исследование о риторике в ее наукообразном содержании и в отношениях, какие имеет она к общей теории слова и к логике. — Одесса: Городская тип., 1846.

[16] Зеленецкий, К.П. Топики. Глава из книги «Теория словесности»(Спб., 1851) // Риторика. — 1995. — № 1. — С. 24–33.

[17] Квинтилиан, Марк Фабий. Двенадцать книг риторических наставлений. Пер. с лат. Александра Никольского. — Ч. 1–2. — Спб., 1834.

[18] Кошанский Н. Общая риторика. — 3-е изд. — Спб., 1854.

[19] Кошанский Н. Частная риторика. — 5-е изд. — Спб., 1840.

[20] Кузнецов В.Г. Герменевтика и гуманитарное познание. — М.: Изд.МГУ, 1991.

[21] Ломоносов М.В. Краткое руководство к красноречию. — Полн. собр.соч. — М.; Л.: АН СССР, 1952. — Т. 7.

[22] Ломоносов М.В. Краткое руководство к риторике на пользу любителей сладкоречия. — Полн. Собр. Соч. — М.; Л.: АН СССР, 1952. — Т. 7.

[23] Луцкий К.Л. Судебное красноречие. — СПб.: Попов, 1913.

[24] Маров В.Н. Похвальное слово «общим местам» // «Риторика», 1996, № 1 (3) — С. 5–22.

[25] Микеладзе З.Н. Об аристотелевом понятии топа (TOPOS) // Модальные и интенсиональные логики / Под ред. В.А.Смирнова. — М.: АН СССР, Ин-т филос., 1978. — С. 97–101.

[26] Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974.

[27] Неориторика: генезис, проблемы, перспективы: Сб. Науч.-аналит. обзоров. — М., ИНИОН, 1987. — 216 с.



[28] Новое в зарубежной лингвистике. Вып. VIII. Лингвистика текста / Сост., общ. ред., вступит. ст. Т.М.Николаевой. — М.: Прогресс, 1978. — 479 с.

[29] Пешков И.В. Изобретение как категория риторики: Автореф. дис. ... канд. филол. наук // МГУ им. М.В. Ломоносова. Филол. фак. — М., 1988.

[30] Проблемы юридической техники. Сборник статей/ Под ред. В.М.Баранова. — Нижний Новгород, 2000.

[31] Рижский Иван. Опыт риторики. — Харьков: Университетск. типограф., 1822.

[32] Рикер, Поль. Конфликт интерпретаций: Очерки о герменевтике. — М.: Академия-Центр, Медиум, 1995.

[33] Рождественский Ю.В. Теория риторики. — М., Добросвет, 1997.

[34] Сергеич П. Искусство речи на суде. — М.: Юрид. литература, 1988.

[35] Соболева А.К. Каноны толкования в праве. — В: Проблемы юридической техники. Сб. статей / Под ред. В.М.Баранова. — Нижний Новгород, 2000. — С. 89–101.

[36] Спасов Б. Закон и его толкование. — М.: Юрид. литература, 1986.

[37] Судебное красноречие русских юристов прошлого // Сост. Ю.А.Костанов. — М.: Фемида, 1992.

[38] Цицерон. Топика // Эстетика: трактаты, речи, письма. — М.: Искусство, 1994. — С. 56–80.

[39] Шпет Г.Г. Герменевтика и ее проблемы // Контекст: литературно-теоретические исследования. — М.: Наука, 1989. — С. 231–268; 1990. — С. 219–259; 1991. — С. 215–254.

[40] Юридический энциклопедический словарь / Под ред. А.Я.Сухарева. — М.: Советская энциклопедия, 1984.

[41] Aristoteles. L'art de la rhe torique. Tecnhirhtorikhi. Paris, 1837. — 453 p.

[42] Aristoteles. The Basic Works of Aristotle. Ed. and with an introd. by Richard McKeon. — New York, Randomhouse, cop. 1941. — 1487 p.

[43] Black, Henry Campbell. M.A. Black's Law Dictionary. — 6-th ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1991. — 1136 p.

[44] Ballweg, Ottmar & Siebert, Thomas-Michael. Rhetorische Rechtstheorie. — Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 1982. — 102 p.

[45] Breuer, Dieter & Schanze, Helmut. *Topik: Beiträge zur interdisziplinae ren Discussion.* — Mue nchen: Wilhelm Fink Verlag, 1981. — 115 p.

[46] Brink, David O. Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts). — *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, **2** (1989), pp. 181–191.

[47] Cloud, Morgan A., III. Structure and Values in Constitutional Interpretation. Emory Law Journal, vol. 40, 1991. — pp. 875–884.

[48] Cohen, Jonathan. Theory and Definition in Jurisprudence. — *Proceedings of the Aristotelian Society (Supplement)* , **29** (1955), pp. 213–229.

[49] Durham, Cole W., Jr. Translator's Forward: T. Viehweg. Topics and Law. — Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien: Peter Lang, 1993. — pp. x — xxxv.

[50] Dworkin, Ronald. Law as Interpretation. — *Texas Law Review*, vol. **60:527** (1982), pp. 527–550.

[51] Fiss, Owen M. Objectivity and Interpretation. — Stanford Law Review, vol. 34:739 (april 1982), pp. 739–763.

[52] Fish, Stanley. Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. — Durham, NC: Duke University Press, 1989. — 613 p.

[53] Fish, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature. — *9 Critical Inquiry*, **201** (1982), pp. 551–567.

[54] Gibbons, John. Language and the Law. — New York: Longman, 1994. — 476 p.

[55] Goodrich, Peter. Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis. — London, Macmillan, 1987. — 266 p.

[56] Graves, Harold F. Argument: Deliberation and Persuasion in Modern Practice. — The Cordon Company, New York, 1938. — 333 p.

[57] Harris, Judith A. Recognizing Legal Tropes: Metonymy as Manipulative Mode. — *American University Law Review*, **34** (1985), pp. 1215–1229.

[58] Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader. Edited by Sanford Levinson and Steven Mailloux. — Northwestern University Press, Evanston, IL, 1993. — 418 p.

[59] Interpreting Statutes: A Comparative Study. Ed. By D.Neil MacCormic and Robert S.Summers. — Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1991. — 348 p.



[60] Hart, H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence. — *The Law Quartely Review*, **37** (1954), — p. 70–75.

[61] Kaimio, Jorma. Cicero's Topica: The Preface and Sources. — Turku: Turun yliopisto, 1976. — 169 p.

[62] Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. — Durham and London: Duke University Press, 1989. — 443 p.

[63] Krawietz,Werner. Neue Topik, Rhetorik und Dialektik in der praktischen juristischen Argumentation. — Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. — *Sprachphilosophie*, **2.** Halbband, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1996, 102. — p. 1476–1482.

[64] Lanham, Richard A. A Handlist of Rhetorical Terms.- University of California Press, 2-nd ed. — 205 p.

[65] Language in the Judicial Process. — New York: Plenum Press, 1990. — 373 p.

[66] Law and Language. Ed. By Frederick Schauer. — Aldershot: Dathmouth Publishing Company, 1993. — 517 p.

[67] Leech, G.N. Principles of Pragmatics. — L.; N.Y., 1983. — XII. — 250 p.

[68] Legal Reasoning, vol. II. Ed. Aulis Aarnio, D.Neil MacCormick. — Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1992. — 420 p.

[69] Levinson, Sanford. Law as Literature. — *Texas Law Review*, **60** (1982), pp. 373–403.

[70] Lieber, Francis. Legal and Political Hermeneutics or Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics with remarks on Precedents and Authorities. — 3rd ed. — St.Lous.: F.H.Thomas, 1880.

[71] Llewellyn, Karl N. Remarks on The Theory of Appelate Decision and The Rules or Canons About How Statutes Are To Be Construed. — *Vanderbilt Law Review*, vol. **3** (1950), pp. 395–406.

[72] Mehlman, Maxwell J., Grossman, Edward G. Handbook of Legislative Drafting. — Yale Law School, New Haven, Connecticut, 1977.

[73] Mellinkoff, D. The Language of the Law. — Boston: Little, Brown, 1963.

[74] Mopha, Matthaeus Gribaldus. De methodo ac ratione studendi. — Lugduni: A. Vincentius, 1541.

[75] Patterson, Dennis M. Realist Semantics and Legal Theory. — *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, **3** (1989), pp. 187–192.

[76] Perelman, Chaim. Le champ de l'argumentation. — Bruxelles, 1970.

[77] Perelman Ch., Olbrechts-tyteca, L. The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation. — Notre Dame — London, 1969.

[78] Philbrick, Frederick A. Language and the Law: the Semantics of Forensic English. — New York: Macmillan Co., 1949.

[79] Porter, E. Audience and Rhetoric: an Archeological Composition of the Discourse Community. — Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1992.

[80] Posner, Richard A. *Rhetoric, Legal Advocacy, and Legal reasoning* // Overcoming Law, Harvard University Press, 1995. — pp.498-530.

[81] Quintilianus, Marcus Fabius. The Institutio Oratoria of Quintilian. — London, 1958, vol. I.

[82] Radin, Max. Statutory Interpretation. — *Harvard Law Review*, **43** (1930), pp. 863-885.

[83] Robertshaw, Paul. Law, Language and Rhetoric. — *Modern Law Review*, **50** (1987), pp. 971–981.

[84] Schoeck, Richard J. Lawyers and Rhetoric in Sixteenth-Century England, *in*: Murphy, James J., ed. Renaissance Eloquence: Studies in the Theory and Practice of Renaissance Rhetoric. — Berkley: University of California Press, 1983, pp. 274–291.

[85] Sherwin, Richard K. A Matter of Voice and Plot: Belief and Suspicion in Legal Storytelling // Michigan Law Review 87, 1988. — P. 543-612.

[86] Simons, Herbert W. The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry. — Chicago: University of Chicago Press, 1990.

[87] Stone, Geoffrey R. et al. Constitutional Law. — Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company, 2-nd ed, № 1991.

[88] Stone, Julius. Legal System and Lawyers' Reasoning. — Stanford: Stanford University Press, 1964.

[89] Tribe L. American Constitutional Law. — 2-nd ed., 1988.

[90] Valauri, John T. Constitutional Hermeneutics // The Interpretive Turn: Philosophy, Science, Culture. Ed. By David R. Hiley et al. — Ithaca and London, Cornell University Press. — P. 245–259.



[91] Viehweg, Theodor. Topics and Law: A Contribution to Basic Research in Law. — Frankfurt am Main Berlin-Bern-New York-Paris-Wien: Peter Lang, 1993.

[92] Weaver, Richard M. The Ethics of Rhetoric. — Chicago, 1953.

[93] White, James Boyd. Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law. — Madison, Wis.: University of Wisconsin Press, 1985.

[94] White, James Boyd. Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism. — Chicago: University of Chicago Press, 1990.

[95] Williman, Daniel. Legal Terminology: A Historical Guide to the Technical Language of Law. — New-York: Broadview Press, 1986.

## Список использованных судебных решений

**Верховный Суд США:**

Bowers v. Hardwick (478 U.S. 186 (1986))
Brown v. Board of Education of Topeka et al. (347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954)
Boyd v. United States (116 US 616 (1886))
Carey v. Population Services International (431 U.S. 678 (1977))
Dothard v. Rawlinson (433 U.S. 321 (1977))
Dred Scott v. Sandford (60 US (19 How.) 393 (1857))
Eisenstadt v. Baird (405 U.S. 438 (1972))
Ex parte Jackson (96 U.S. 727)
Florida v. Riley (488 U.S. 445 (1989))
Gedulung v. Aiello (417 U.S. 484 (1974))
Gibbons v. Ogden (22 U.S. 1 (1824))
Griffin v. Wisconsin (483 US 868 (1987))
Griswold v. Connecticut (381 U.S. 479 (1965))
Hammer v. Dagenhart (The Child Labor Case) (247 U.S. 251 (1918))
Hester v. United States (265 U.S. 57)
Katz v. United States (389 US S.Ct. 507, 19 L.Ed. 2d 576 (1967))
Lockner v. New York (198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905))
Champion v. Ames (The Lottery Case) (188 U.S. 321 (1903))
Mapp v. Ohio (367 U.S. 643 (1961))
Marbury v. Madison (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)
McCulloch v. Maryland (17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819))
Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co. (449 U.S. 456 (1981))
Miranda v. Arizona (384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L. Ed. 2d 694 (1966))
New Orleans v. Dukes (427 U.S. 297 (1976))
New York City Transit Authority v. Beazer (440 U.S. 568 (1979))
Olmstead et al. v. United States (277 US 438 (1928))
Planned Parenthood v. Casey (112 S.Ct. 2791 (1992))
Plessy v. Ferguson (163 U.S. 537 (1896))
Railway Express Agency v. New York (336 U.S. 106 (1949))
Roe v. Wade (410 U.S. 113 (1973)
Silverman v. United States (365 U.S. 505, 511)
Skinner v. Railway Labor Executives' Association (109 S.Ct. 1402, 103 L.Ed. 2d 639 (1989))
State v. Post (20 N.J.L, 368 (1845))



Terry v. Ohio (392 US 1 (1968))
United States Dept. of Agriculture v. Moreno (413 U.S. 528, 534 (1973))
Weeks v. United States (232 U.S. 383)
Wiiliamson v. Lee Optical (348 U.S. 483 (1955))
Wolf v. Colorado (338 U.S. 25 (1949))

**Конституционный Суд ФРГ:**

Abortion Case (1975, 39 BVerfGE 1)
Bavarian Party Case (1957, 6 BVerfGE 84)
Blinkf(er Case (1969, 25 BVerfGE 256)
B(ll Case (1980, 54 BverfGE 208)
Civil Servant Loyalty Case (1975, 39 BVerfGE 334)
Divorce Records Case (1970, 27 BVerfGE 344)
Dry Cleaning Case (Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence, p. 347)
Elfes Case (1957, 6 BVerfGE 32)
Engineer's Case (1969, 26 BVerfGE 246)
Financial Subsidies Case (1975, 39 BVerfGE 96)
First Television Case (1961, 12 BVerfGE 205)
Groundwater Case (1981, 58 BVerfGE 300)
Southwest State Case (BVerfGE 14 (1951))
Princess Soraya Case (1973, 34 BVerfGE 269)
Life Imprisonment Case (1977, 45 BVerfGE 187)
Party Tax Deduction Case (1958, 8 BVerfGE 121)
West German Media Case (1962, 14 BVerfGE 121)
Church Music Case (1978, Kommers, Donald P., p. 276)
Pharmacy Case (1958, 7 BVerfGE 377)
Housing Funding Case (1952, Kommers, Donald P., p. 79)
Finance Equalization Case 1 (BVerfGE 117, 131 (1952))
North Rhine — Westphalia Salaries Case (1954, 4 BVerfGE 115, 140)
Plenum Building Law Case (3 BVerfGE 407, 422 (1954))
Small Garden Plot Case (Kommers, Donald P., p. 254)
Tenancy and Rent Control Case (Kommers, Donald P., p. 254)
Klass Case (Kommers, Donald P., p. 136, 230)
Kalkar Case (1978, 49 BVerfGE 89)
L(th Case (1958, 7 BVerfGE 198)
Microcensus Case (1969, 27 BVerfGE I)
Mephisto Case (1971, 30 BVefGE 173)
Numerus Clausus Case I (1972, 33 BVerfGE 303)
Parliamentary Dissolution Case (1984, 62 BVerfGE 1)
Schleyer Kidnapping Case (1977, 46 BVerfGE 160)
Schmid-*Spiegel* Case (1961, 12 BVerfGE 113)

Socialist Reich Party Case (1952, 2 BVerfGE 1)
*Spiegel* Case (1966, 20 BVerfGE 162)
Transsexual Case (1979, 49 BVerfGE 286)
**Конституционный Суд РФ:**
Дело о толковании части 4 статьи 105 и статьи 106 Конституции РФ (пост. от 23 марта 1995 г.; ВКС, 1995, № 2–3)
Дело о толковании статьи 136 Конституции РФ (пост. от 31 октября 1995 г.; ВКС, 1995, № 2–3)
Дело о толковании части 2 статьи 137 Конституции РФ (пост. от 28 ноября 1995 г.; ВКС, 1995, № 6)
Дело о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции РФ (пост. от 22 апреля 1996 г.; ВКС, 1996, № 3)
Дело о толковании статьей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции РФ (пост. от 12 апреля 1995 г.; ВКС, 1995, №№ 2–3)
Дело о проверке конституционности Указа Президента РСФСР от 19 декабря 1991 г. «Об образовании Министрества безопасности и внутренних дел РСФСР» (пост. от 14 января 1992 г.; ВКС, 1993, № 1)
Дело о референдуме в Республике Татарстан (от 21 марта 1992 года, ВСНДРФ и ВСРФ, 1992, №13, ст. 671)
Дело о Президентском Обращении к народу (от 20 марта 1993 года, ВСНДРФ и ВС РФ, 1993, № 13, ст. 466)
Дело о проверке конституционности указов Президента РФ от 23 августа 1991 года «О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР», от 25 августа 1995 г. «Об имуществе КПСС и Коммунистчиеской партии РСФСР» и от 6 ноября 1991 года «О деятельности КПСС и КП РСФСР», а также проверке конституционности КПСС и КП РСФСР (пост. от 30 ноября 1992 г.; ВКС, 1993, № 4–5).
Дело о проверке конституционности Указа Президента РФ от 30 ноября 1994 года № 2137 «О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской республики»... (пост. от 31 июля 1995 г.; (СЗ РФ, 1995, №33, ст. 3424)
Дело о проверке конституционности частей первой и второй статьи 560 ГК РСФСР (пост. от 16 января 1996 года; ВКС, 1996, № 1)
Дело о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края (пост. от 18 января 1996 года; ВКС, 1996, № 1)
Дело о проверке статей 371, 374 и 384 УПК РСФСР (пост. от 2 февраля 1996 года, ВКС, 1996, № 2)
Дело о проверке положений закона «О статусе депутата...» (пост. от 20 февраля 1996 года, ВКС, 1996, № 2)



Дело о Законе «О статусе судей в Российской Федерации» (пост. от 7 марта 1996 года, ВКС, 1996, № 2)
Дело о п. 3 ст. 1 Закона РФ «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие аварии в 1957 году на производственном объединении «Маяк» и сбросов радиоактивных отходов в реку Теча» (пост. от 11 марта 1996 года; СЗ РФ, 1996, № 15, ст. 1768; ВКС, 1996, № 2)
Дело о проверке ст.ст. 1 и 21 Закона РФ «О государственной тайне» (пост. от 27 марта 1996 года; СЗ, 1996, № 14, ст. 1550; ВКС, 1996, № 2)
Дело о нормативных актах Москвы, Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан (пост. от 4 апреля 1996 года; ВКС, 1996, № 2)
Дело о проверке конституционности пункта «г» статьи 18 Закона РФ «О гражданстве РФ» в связи с жалобой А.Б.Смирнова (пост. от 16 мая 1996 г.; ВКС, 1996, № 3)
Дело о проверке конституционности пункта 2 Указа Президента РФ № 1969 (пост. от 30 апреля 1996 г.; ВКС, 1996, № 3)
Дело о проверке конституционности положений Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» (ВКС, 1996, № 3)
Дело о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В.Антипова, Р.Л.Гитиса и В.Абрамова (пост. от 28 января 1997 года; СЗ, 1997, № 7, ст. 871)
Дело о проверке конституционности статьи 3 Федерального Закона от 18 июля 1995 года «О рекламе» (пост. от 4 марта 1997 г.; СЗ, 1997, № 11, ст. 1372)
Определение КС РФ об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гр-на Козырева Андрея Владимировича от 27 сентября 1995 г.

А. К. СОБОЛЕВА

# ТОПИЧЕСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

По вопросам реализации
обращаться в книготорговую компанию
«Абрис-Д»
тел.: 215 – 2501, 216 – 2362
тел. / факс: 216 – 2675

Оригинал-макет подготовлен С. Е. Дубовым

Лицензия №064934 от 20.01.97 г.

Подписано в печать 02.09.2001 г.
Формат 60x90/16
Бумага офсетная №1. Печать офсетная.
Гарнитура Computer Modern.
Усл. печ. л. 14,5. Тираж 1000 экз.
Заказ № 450